

THÈSE DE
NANCY.

18

N^o.

FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

PAR
HENRI GUYOT

JUGE SUPPLÉANT AU TRIBUNAL CIVIL DE NANCY

L'acte public sera présenté et soutenu le Lundi 9 Juillet 1894
à quatre heures du soir

JURY

PRÉSIDENT : M. GARDEIL, PROFESSEUR

SUFFRAGANTS	{	MM. LEDERLIN	{	PROFESSEUR DOYEN
		PAUL LOMBARD		PROFESSEURS
		GARNIER		

BAR-LE-DUC

CONTANT-LAGUERRE, ÉDITEUR

1894



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546204_0005

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE NANCY.

Doyen : M. LEDERLIN, ✱, I 🌿.

Doyen honoraire : M. JALABERT, ✱, I 🌿.

MM. LEDERLIN, ✱, I 🌿, Professeur de Droit romain, chargé du cours de Pandectes, et Chargé du cours de Droit français étudié dans ses origines féodales et coutumières.

LOMBARD (Ad.), ✱, I 🌿, Professeur de Droit commercial, et Chargé du cours de Droit international public et Droit des gens.

LIÉGEOIS, I 🌿, Professeur de Droit administratif et Chargé du cours de Législation industrielle.

BLONDEL, I 🌿, Professeur de Code civil, et Chargé du cours de Droit constitutionnel (Doctorat).

BINET, I 🌿, Professeur de Code civil, et Chargé du cours d'Enregistrement.

LOMBARD (P.), I 🌿, Professeur de Code civil.

GARNIER, I 🌿, Professeur d'Économie politique, et Chargé du cours de Législation financière.

MAY, I 🌿, Professeur de Droit romain, et Chargé du cours de Pandectes.

GARDEIL, I 🌿, Professeur de Droit criminel.

BEAUCHET, I 🌿, Professeur de Procédure civile, et Chargé du cours de Procédure civile (Voies d'exécution).

BOURCART, A 🌿, Professeur de Droit constitutionnel et administratif.

GAVET, A 🌿, Professeur d'Histoire du Droit.

CHRÉTIEN, A 🌿, Professeur adjoint, Chargé du cours de Droit international privé et du cours de Législation commerciale comparée.

LACHASSE, I 🌿, Docteur en Droit, Secrétaire.

DROIT ROMAIN

DU DIVORCE A ROME

(HISTORIQUE DU DIVORCE — SES EFFETS)

DROIT FRANÇAIS

ÉTUDE SUR LE MINISTÈRE PUBLIC

EN FRANCE

APERÇU HISTORIQUE SUR LE MINISTÈRE PUBLIC

CARACTÈRES GÉNÉRAUX

INDÉPENDANCE AU POINT DE VUE

DE L'EXERCICE ET DE LA MISE EN MOUVEMENT DE L'ACTION PUBLIQUE

RESTRICTIONS APPORTÉES A CETTE INDÉPENDANCE

LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES

Par **Henri GUYOT**

JUGE SUPPLÉANT AU TRIBUNAL CIVIL DE NANCY

BAR-LE-DUC

CONTANT-LAGUERRE, ÉDITEUR

1894

La Faculté n'entend donner aucune appro-
bation ni improbation aux opinions émises dans
les thèses; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.

THÈSE DE DROIT ROMAIN.

BIBLIOGRAPHIE.

- ACCARIAS : Précis de droit romain.
G. MAY : Cours de droit romain.
DEMANGEAT : Cours de droit romain.
ORTOLAN : Instituts de Justinien.
ESMEIN : La *manus*, la paternité, le divorce.
LABBÉ : Du mariage romain et de la *manus* (*Nouvelle Revue historique*, 1887).
LAFERRIÈRE : Histoire du droit civil de Rome et du droit français,
1^{er} vol.
DEZOBRY : Rome au siècle d'Auguste.
POTHIER : Pandectes.
VOET : Commentaires des Pandectes : *De repudiis et Divortiis*.
P. GIDE : Étude sur la condition juridique de la femme.
MOMMSEN : Histoire romaine (traduction de Guerle).
DURÛY : Histoire des Romains.
PELLAT : Textes sur la dot.
ESMEIN : Du délit d'adultère.
GARSONNET : Textes de droit romain.
GIRARD : Textes de droit romain.
MACHELARD : Textes de droit romain (3^e partie).
-

THÈSE DE DROIT FRANÇAIS.

BIBLIOGRAPHIE.

- F. HÉLIE : Traité de l'instruction criminelle.
MANGIN : De l'action publique.
CHAUVEAU : Théorie du Code pénal.
GARRAUD : Précis de droit criminel.
— Traité théorique et pratique du droit pénal français.

- BLANCHE : Études pratiques sur le Code pénal.
LABOULAYE : Essai sur les lois criminelles des Romains.
Recueil des Ordonnances.
LA ROCHEFLAVIN : Histoire des Parlements.
ORTOLAN et LEDEAU : Histoire du Ministère public.
LACRETELLE : OEuvres judiciaires.
LOYSEL : Institutes coutumières.
HIVER : Institutions judiciaires.
DUVERGER : Manuel des juges d'instruction.
MASSABIAU : }
LE POITEVIN : } Du Ministère public.
MEYER : Institutions judiciaires.
GILLET : Recueil des circulaires de la Chancellerie.
LOCRE : Travaux préparatoires du Code pénal.
LE SELLYER : Traité de l'exercice et de l'extinction de l'action publique et de l'action civile.
GUILLOT : Principes du nouveau Code d'instruction criminelle.
MERLIN : Répertoire.
Annuaire de législation étrangère, 1887.
Bulletin de la Société de législation comparée, 1880, 1876, 1879.
Revue de droit international.
Code pénal hollandais.
Code pénal belge.
Pandectes belges.
Code d'instruction criminelle de la principauté de Monaco.
Codes suisses.
Code pénal allemand.
Code pénal autrichien.
GLASSON : Histoire des institutions de l'Angleterre.
DEBACQ : Du Ministère public.
SCHENCK : Du Ministère public.
Journal du Ministère public.
ALGLAVE : Action du Ministère public.

DROIT ROMAIN



DU DIVORCE A ROME

(HISTORIQUE DU DIVORCE — SES EFFETS)

DROIT ROMAIN.

DU DIVORCE A ROME.

INTRODUCTION.

Avant d'aborder l'étude de la dissolution du lien conjugal par le divorce, il nous semble utile d'exposer d'une façon succincte, comment ce lien se formait, à Rome.

Nous trouvons dans la compilation de Justinien deux définitions du mariage; l'une de Modestin : « *Nuptiæ sunt conjunctio maris et feminæ, consortium omnis vitæ, divini et humani juris communicatio*; » l'autre de Justinien : « *Nuptiæ sive matrimonium est viri et mulieri conjunctio individuum vitæ consuetudinem continens*. »

Ces deux définitions, on peut le remarquer, reproduisent, à peu près, la même idée. Le mariage est l'union de deux personnes de sexe différent « *maris et feminæ conjunctio* » qui mettent en commun leur existence. « La femme devient vraiment la compagne de son mari. La loi romaine donnait du mariage cette belle définition « *consortium omnis vitæ*, » mise en commun de toutes choses, richesse et misère,

grandeur et infortune, plaisir et douleurs. La femme participe même à la condition officielle de son mari ⁽¹⁾; elle est, comme lui, consulaire, clarissime, s'il a obtenu ces titres, et elle les conserve, après la dissolution du mariage : avec lui, elle assiste aux fêtes, et elle accomplit, au foyer domestique, les *sacra privata*. Sa mort a, comme sa vie, de publics honneurs : on lui fait de solennelles funérailles..... Les enfants, la famille, le bon ordre de la maison y gagnaient, car cette association « pour les choses divines et humaines » ne souffrait pas de partage. Le mari pourra avoir, au dehors, des mœurs légères; la matrone régnera seule au foyer domestique : la polygamie, autorisée même à Athènes, est incompatible avec l'idée du mariage romain ⁽²⁾. »

Tel est le tableau que M. Duruy nous trace du mariage, sans distinguer, comme l'ont fait certains auteurs au sujet de la participation de la femme aux *sacra*, si l'union a été, ou non, accompagnée de *manus* ⁽³⁾. Cette distinction présente cependant une certaine importance : en effet, elle explique parfaitement la différence existant entre les deux définitions données par Modestin et Justinien. Le premier nous parle de la « *divini et humani juris communicatio*; » le second ne reproduit pas cette expression, et son silence s'explique facilement si on se rappelle que le culte des dieux domestiques avait disparu avec le paganisme et que la *manus* était, depuis longtemps, tombée en désuétude.

Ajoutons qu'en employant, dans sa définition, le mot

(1) Cette règle souffrait cependant une exception quand il s'agissait du mariage entre ingénus et affranchis, ou entre patriciens et plébéiens : chaque époux gardait sa condition antérieure.

(2) Duruy, *Histoire des Romains*.

(3) M. Duruy a, certainement, eu en vue la femme *in manu*; en effet, le mariage était, à l'origine, presque toujours accompagné de *manus*.

« *individua*, » Justinien n'a pas voulu nous dire que le mariage était indissoluble, mais, simplement, que la femme prenait la condition de son mari.

Les Romains reconnaissaient différentes sortes d'unions, des unions régulières et des unions irrégulières :

Les premières comprenaient les *justæ nuptiæ*, le concubinat, le mariage du droit des gens, le *contubernium* : le *stuprum* était une union irrégulière.

Nous n'avons pas à insister sur le caractère de chacune de ces unions : nous sortirions du cadre de cette étude : disons seulement que les *justæ nuptiæ* produisaient les effets les plus étendus à l'égard des époux et des enfants. Leur validité était, d'ailleurs, subordonnée à certaines conditions (consentement donné librement par les futurs époux au mariage, puberté, *jus connubii*, consentement des personnes qui avaient les futurs sous leur puissance).

Il nous reste pour terminer cette rapide étude du mariage à nous occuper de la *manus*. Cette institution joue un rôle très important au point de vue du divorce. C'est dans la constitution de la famille romaine qu'il faut, croyons-nous, en rechercher l'origine. La famille avait des *sacra privata* dont il fallait assurer le culte ; il était nécessaire, pour obtenir ce résultat, qu'elle fût juridiquement constituée et soumise à l'autorité d'un *pater* qui en était à la fois le chef, le juge et le prêtre. Ce *pater* était plus que le chef : il était le propriétaire de toutes les personnes qui composaient sa maison, sa famille : il les avait sous sa main, *in manu*.

Cette *manus* n'avait aucun rapport avec la puissance maritale de nos jours. Son objet n'était pas de faire prévaloir dans le ménage la supériorité de la volonté du mari sur celle de la femme.

Nous admettons, avec la majorité des auteurs, qu'à l'ori-

gine, les *justæ nuptiæ* étaient ordinairement accompagnées de la *manus*. L'esprit patriarcal régnant alors, on aurait difficilement souffert dans la maison une personne qui, seule, fût affranchie d'obéir aveuglément à l'autorité despotique du *paterfamilias* devant lequel pliaient toutes les volontés. La soumission de la femme à cette puissance était très naturelle. Cependant les Romains ont dû admettre de très bonne heure la légitimité et l'honorabilité de l'union *sine manu*. Le mariage, accompagné de *manus*, présentait, en effet, des inconvénients pour les agnats qui, par la *manus*, voyaient les liens d'agnation rompus, et, partant, leurs droits sur la succession de la femme éteints. La femme, de son côté, voyait souvent opposer un refus au mariage qu'elle désirait, par ceux à qui sa nouvelle situation allait enlever des droits et des espérances. On essaya donc de tout concilier, les droits des tuteurs et les droits de la femme de se choisir un mari : on admit le mariage *sine manu* à côté du mariage *cum manu* qui était le plus conforme aux institutions romaines. Les tuteurs furent libres de s'opposer à la *conventio in manum*, mais la femme n'eut plus besoin de leur consentement pour procéder à un mariage simple.

Le mariage libre fut de plus en plus usité, et, après un temps assez long, il est vrai, il se substitua au mariage *cum manu*.

Avant de consacrer quelques développements à l'étude de ces deux formes de mariage, nous allons indiquer quelles conditions étaient exigées pour que la femme pût *convenire in manum*. Il fallait : 1° qu'elle fût *civis Romana* ; 2° que son mari fût *civis Romanus* ; 3° qu'on eût employé l'un des trois modes suivants : *confarreatio*, *coemptio*, *usus*. Il ne suffisait donc pas que les époux eussent le *connubium* : le *jus civitatis* était encore nécessaire ; c'est ainsi que les *Latini*

veteres qui avaient cependant le *jus connubii* et le *jus commercii* ne pouvaient recevoir une femme *in manu*.

Mariage CUM MANU.

Le principal effet de la *conventio in manum* était de faire subir à la femme un changement d'état, une *capitis deminutio* : elle sortait de la famille de son père pour laquelle elle devenait une étrangère, et entrait dans celle de son mari, vis-à-vis duquel elle se trouvait *loco filix*. Le mari acquérait donc sur sa femme les droits qu'un père a sur ses enfants : droits d'aliénation, de châtiment, de mort, d'abandon noxal, dans le cas où elle avait commis un délit. Il existait, néanmoins, une profonde différence entre la *manus* et la puissance paternelle : la *manus*, en effet, n'était qu'une sujétion volontaire de la femme et celle-ci (au moins à partir d'une certaine époque), pouvait, en répudiant son mari, se soustraire pour l'avenir aux effets de ce pouvoir, tandis qu'une fille ne pouvait exiger de son père qu'il la libérât de la puissance paternelle.

La *conventio in manum* faisait passer dans le patrimoine du mari la totalité du patrimoine appartenant à la femme au jour du mariage. Tout ce que cette dernière acquérait par la suite se trouvait immédiatement acquis au mari ; elle avait, dans la succession de celui-ci, les mêmes droits que ses propres enfants.

Mariage SINE MANU.

Dans le cas où la femme était *alieni juris*, elle ne sortait pas de sa famille naturelle, où elle conservait sa situation

antérieure avec les prérogatives qui y étaient attachées. Elle restait, par conséquent, sous la puissance de son *pater*, et ce dernier pouvait user de tous les droits qui en découlaient (droit de la châtier, de l'arracher à l'époux à qui il l'a donnée, de la vendre). Elle n'entrait pas dans la famille de son mari, dont les membres étaient pour elle des étrangers. Aucun lien ne la rattachait même à ses propres enfants et le droit de succession n'existait pas entre elle et ces derniers, jusqu'au moment où les sénatus-consultes Tertullien et Orphitien vinrent apporter une modification à cette législation.

Si la femme était *sui juris*, ses tuteurs conservaient tous les droits qu'ils pouvaient avoir sur sa personne : ils demeuraient ses héritiers.

Le mari acquérait cependant sur sa femme certains droits : il pouvait la châtier et même la punir de mort, en cas d'adultère. Il avait droit au respect, à l'obéissance, etc.

Les biens de la femme *sui juris* ne tombaient pas dans le patrimoine du mari : celui-ci ne les gérât même pas : c'était elle qui les administrait, avec l'*auctoritas* de son tuteur, dans le cas où la loi l'exigeait. — En ne se plaçant pas sous la *manus* de son mari, elle avait montré qu'elle ne voulait pas que ses biens devinssent l'héritage d'une autre famille.

En résumé, dans le mariage libre, chacun des conjoints conservait son individualité et son patrimoine : ils pouvaient passer entre eux toutes sortes de contrats. Ce système était inique parce que la femme ne contribuait aucunement aux charges du mariage. Pour remédier à cet abus, l'usage s'établit, pour la femme, d'apporter une dot.

Si le mariage libre avait certains avantages, il présentait ce grand inconvénient que les pouvoirs du père et du mari se trouvaient quelquefois en opposition. — Le tribunal de

famille⁽¹⁾ devait, il est vrai, être consulté dans tous les cas graves, mais, en réalité, si nous en croyons Tacite (livre XIII, 32), la volonté du père, en cas de conflit entre lui et son gendre, pouvait l'emporter, car il avait la ressource extrême de séparer les conjoints. Cette situation privilégiée du *paterfamilias* dura longtemps. Sous l'Empire, enfin, la faveur du mariage et, aussi, une réaction contre l'ancienne puissance paternelle firent préférer le fils au père. Une Constitution d'Antonin le Pieux défendit à ce dernier de rompre l'union bien assortie de son enfant, si ce n'est pour justes causes. On accorda même au mari l'interdit de *uxore exhibenda* pour réclamer sa femme que le *paterfamilias* aurait reprise chez lui, contre son gré.

Le mariage avec *manus* offrait encore d'autres avantages :

1^o Pendant la vie des époux, ce mariage ne pouvait être dissous que par la volonté du mari. Ce droit est la conséquence naturelle de la *manus*. Il en fut ainsi jusqu'à la loi des XII Tables, qui, à ce qu'on croit, reconnut à la femme *in manu* le droit de répudier son mari.

Au contraire, dans le mariage qui n'était pas accompagné de *manus*, la femme *sui juris* avait la faculté de divorcer sans motif sérieux : elle pouvait quitter le domicile conjugal (*divertere*). Si la femme était *filiafamilias*, l'exercice de son droit lui échappait et passait aux mains du père : si elle se croyait offensée par son mari, c'est à son père qu'elle portait ses plaintes et qu'elle demandait justice. Ce pouvoir du père

(1) Le tribunal domestique était composé des agnats, des cognats, des amis. Il se réunissait dans les circonstances graves pour la famille. C'est lui qui indiquait les mesures à prendre. Ses décisions n'avaient, il est vrai, de sanction que dans les mœurs, mais nul n'aurait osé mépriser ses sentences. Sénèque, dans son *de Clementia*, nous parle d'un chevalier romain qui, ayant fait mourir son fils sans avoir l'approbation du tribunal domestique, fut l'objet de la réprobation générale.

avait cet avantage, qu'il était très propre à réprimer un mouvement irréfléchi et à prévenir des ruptures intempestives, mais il avait aussi l'inconvénient que nous avons signalé, celui d'être trop absolu.

2° La femme jouissait d'une considération plus grande que celle qui avait contracté un mariage libre. D'après M. Esmein, « une différence considérable séparait le mariage libre et le mariage avec *manus* : seule, aux yeux des anciens, la femme *in manu* avait, dans sa plénitude, la dignité d'épouse. Elle seule était solidement unie au mari dont elle prenait le rang; seule, devant la loi civile, elle était unie à ses enfants par les liens de la parenté; seule, elle prenait le titre auguste de *materfamilias*. Quant à la simple *uxor*, ce n'était qu'un hôte de passage au foyer conjugal. Sans doute, ses enfants étaient légitimes; mais elle et ses enfants n'étaient point membres d'une même famille. » Et *infra* : « Jadis on notait d'infamie la concubine d'un homme marié seulement lorsque la femme légitime était soumise à la *manus* : alors seulement la dignité du mariage était offensée » (Esmein, *La manus, la paternité et le divorce*, p. 20).

M. Esmein nous paraît aller un peu loin quand il nous dit que la femme *in manu* est seule appelée *materfamilias*. Il s'est, il est vrai, inspiré de Cicéron. Nous lisons le passage suivant dans les *Topiques* : « *Genus est uxor : ejus duæ formæ : una matrumfamilias : ex sunt quæ in manum convenerunt, altera earum quæ tantummodo uxores habentur.* » Cette proposition est trop absolue : les jurisconsultes ont employé le mot « *materfamilias* » dans des sens tellement divers, que ce fait lui enlève la valeur historique qu'on veut lui donner. D'après Festus, le titre de *materfamilias* n'est donné qu'à la femme sous la puissance d'un *pater-*

familia : « *Materfamilias non ante dicebatur quam vir ejus paterfamilias dictus esset : nec possunt hoc nomine plures in una familia præter unam appellari.* » Cependant, dit M. Labbé, « celle-ci, au point de vue de la transmission du sang, du nom, de la légitimité, remplit le même rôle que celle-là. La première est *alieni juris* aussi bien que la deuxième. La condition et la fonction sont les mêmes : la dénomination varie. »

Nous pouvons remarquer, en outre, que d'autres jurisconsultes, parmi lesquels Ulpien, emploient ce mot « *materfamilias* » dans le sens de femme honorable (L. 46, D. T. 16, *De verb. signif.*

Affaiblissement et disparition de la MANUS.

La *manus* tomba en désuétude, dès les premiers temps de l'Empire, pour des raisons multiples :

Ce qui contribua le plus à sa disparition, ce fut l'abandon de la religion que cette institution avait eu pour but principal de conserver. A mesure que les sentiments religieux s'effacèrent, la *manus* perdit son utilité et sa raison d'être.

A cette cause, il faut ajouter le dérèglement des mœurs, la désorganisation de la famille, l'amoindrissement de l'autorité du *paterfamilias*, le développement de la fortune et de l'influence des femmes.

Les lois elles-mêmes portèrent atteinte à cette institution : La loi des XII Tables, en permettant à la femme de s'y soustraire, à la seule condition de passer trois nuits par an, hors du domicile conjugal : les sénatus-consultes Tertullien et Orphitien, en créant des droits de succession entre la mère et ses enfants, ce qui détruisait l'assimilation établie entre eux par la *manus*.

— La *manus* qui, avec sa rigueur et l'étroite dépendance qu'elle impliquait pour l'épouse n'était plus en harmonie avec les mœurs de la fin de la période républicaine et des débuts de l'Empire finit par disparaître, sans qu'aucune disposition législative eût besoin de l'abolir. « *Hoc totum jus partim legibus sublatum est, partim desuetudine oblitteratum est* » (Gaius, c. 1). Les *Institutes* ne nous en parlent plus, parce qu'à l'époque de Justinien elle a disparu depuis longtemps. — Quant aux différents modes de l'acquérir, ils disparaissent également peu à peu. Gaius ne mentionne plus l'*usus* que comme un souvenir historique, une institution morte depuis longtemps.

La *confarreatio* cessa d'être employée après la ruine du paganisme.

Quant à la *coemptio*, elle tomba, elle aussi, en désuétude, subissant le sort de toutes les institutions qui n'ont plus d'objet parce qu'elles sont sans utilité.

Nature du mariage.

Pour terminer cet exposé sommaire du mariage à Rome, il nous reste à nous demander quelle en est la nature.

A première vue, on pourrait croire que cet acte qui, par ses effets, occupe une si grande place dans la vie morale et civile devait, à Rome comme chez les autres nations, recevoir de la divinité et de la loi une sanction suprême, être revêtu d'un caractère solennel. Cependant, il fut toujours un acte purement privé : il nous apparaît, de tout temps, affranchi, dans sa formation, de toute intervention du pouvoir social. Nous ne trouvons, à Rome, rien de semblable à ce que nous appelons, en France, la célébration du mariage :

la loi civile ne prescrit aucune solennité, aucune forme particulière : elle n'exige l'intervention d'aucun officier public. Le pouvoir civil ne s'occupait du mariage que pour le soumettre à certaines conditions de validité relatives à la parenté, à l'alliance, au consentement des parents.

A défaut de la société, la religion, du moins à l'origine, lorsque la *manus* était en honneur, présidait au mariage. Les cérémonies de la *confarreatio* solennisaient généralement les unions des familles patriciennes : les familles plébéiennes invoquaient elles-mêmes la Divinité. Mais, nous le répétons, la volonté des époux suffisait à la formation et au maintien du mariage : il est, dès lors, très naturel que le pouvoir civil ait pu rompre, sur la demande des époux ou de l'un d'eux, un contrat qui n'existait que par leur volonté.

La conclusion de ce rapide aperçu est donc celle-ci : Le divorce est la conséquence logique du contrat intervenu entre les époux.

Nous diviserons notre étude en plusieurs parties : après avoir étudié quelle est la nature du divorce, son histoire, ses causes, les formalités qu'il faut remplir pour l'obtenir, nous verrons quels sont ses effets, au point de vue de la personne des époux, et des enfants et au point de vue des biens.

CHAPITRE I.

NATURE DU DIVORCE.

Pothier définit le divorce : « *Legitima viri ac mulieris separatio hoc animo facta ut nunquam redintegretur matrimonium.* »

Le mariage était, nous l'avons dit, considéré comme parfait par le consentement libre des époux sans qu'il fût besoin d'aucune formalité civile ou religieuse : aussi les Romains pensaient-ils qu'une volonté contraire suffisait pour le dissoudre. Le divorce était donc considéré comme mode légitime de dissolution du mariage, en vertu des règles : « *Omne quod ligatur dissolubile est* » et « *Omnia quæ consensu contrahuntur, contrario jure pereunt* ⁽¹⁾. »

Le mot *legitima* employé par Pothier signifie que la séparation doit avoir lieu selon les formes prescrites et dans les cas prévus par la loi : elle doit, en outre, porter sur une union légitime.

Il était, de plus, nécessaire que les époux eussent la ferme intention de se séparer à jamais. Nous nous occuperons plus loin de cette condition.

La définition de Pothier est incomplète : elle n'indique pas la différence existant entre le *divortium* et le *repudium*.

(1) 100. D. *De regulis juris*, L. 17.

Ce mot *divortium* vient, d'après Gaius, de *diversitas mentium* « *Divortium vel a diversitate mentium dictum est, vel quia in diversas partes eunt qui distrahunt matrimonium.* » Ce *divortium*, qui résulte de l'incompatibilité des caractères ou de ce que les époux se retireraient dans des lieux différents, n'a pas été reconnu de tout temps. Il suppose, en effet, chez les conjoints, un droit égal. Il peut avoir lieu par un accord des volontés. Le *repudium*, au contraire, est l'effet de la volonté d'un seul des époux, qui peut, pour une cause ou une autre, renvoyer son conjoint.

— Montesquieu indique d'une façon très nette la différence que Pothier ne nous signale pas : « Il y a cette différence entre le divorce et la répudiation, que le divorce se fait par un consentement mutuel, à l'occasion d'une incompatibilité mutuelle : au lieu que la répudiation se fait par la volonté et pour l'avantage d'une des deux parties, indépendamment de la volonté et de l'avantage de l'autre (*Esprit des lois*, liv. 26, chap. 15).

— Il existe encore une autre différence entre le *divortium* et le *repudium* : le *divortium* ne peut se présenter qu'entre époux : le *repudium*, au contraire, détruit les fiançailles, aussi bien que le mariage.

— Nous emploierons le plus souvent, dans cette étude, le mot « divorce » comme terme générique : il comprendra le divorce proprement dit et la répudiation.

— Le divorce est-il un contrat ? Cujas répond affirmativement et tire même des conséquences de son opinion qu'il ne fait reposer sur aucune base : « *Divortium contractui comparatur : pacta quæ fiunt ex intervallo non formant actionem ut quæ ex continenti. Si ergo post divortium fiat pactum de reddenda dote, non ideo id pactum format actionem quia ex intervallo sit appositum. Si vero in ipso*

divortio fiat, format actionem : divortium enim pro contractu habetur (Gujas, *Commentaires*, t. 7).

Le célèbre jurisconsulte émet encore la même opinion dans une autre partie de ses *Commentaires*. « *Quia id (divortium) pro contractu habetur, etc...* »

— Pour lui, par conséquent, le divorce est un véritable contrat, non pas sans doute l'un de ces contrats consensuels proprement dits que la jurisprudence a limitativement énumérés, mais un pacte comme le mariage lui-même.

— Nous adopterons une autre opinion qui nous paraît préférable. Suivant MM. Machelard et Labbé, le divorce n'est pas un contrat, mais un pur état de fait. C'est un argument *à contrario* que nous tirons de la lecture du passage suivant, relatif aux *nuptiæ* : « C'est, suivant nous, une erreur que de faire rentrer les *nuptiæ* dans l'une ou l'autre des quatre classes de contrats, destinés uniquement à régler des rapports pécuniaires. Nous ne repoussons pas assurément l'expression de « contrat » appliquée aux *nuptiæ* : elle se retrouve souvent dans la bouche des jurisconsultes romains. Mais il faut dire, en même temps, que c'était un contrat avec un but tout particulier, et qui n'avait rien de commun avec les conventions prenant ordinairement ce nom, et que la théorie subdivisait en quatre catégories. Le caractère propre des contrats, dans le sens de cette dernière division, est de produire une action, et l'on serait bien embarrassé de dire quelle est l'action qu'engendraient les *nuptiæ* (Machelard et Labbé, *Dissert. de dr. romain*, p. 244 et 245).

Ainsi donc, d'après ces auteurs, le mariage est un état de fait plutôt qu'un contrat : en tout cas, ce n'est pas un contrat semblable aux autres. Nous devons en dire autant du divorce et poser comme principe que les actes de famille

étaient en dehors des contrats. Les pactes régissaient les biens, mais non les personnes. Le divorce, comme le mariage, devait donc être un acte.

— Quelle est la nature du droit de divorcer? Ce droit est d'ordre public : toute convention contraire était annulable (Dig., L. 26, *De verb. oblig.*, tit. I, et L. 5, ch. 6, 25, *De inst. et subs.*). Si on ajoutait une clause pénale à une convention de ce genre, elle subirait le même sort. — Les parties pouvaient, il est vrai, stipuler une peine contre celui qui divorcerait, mais à condition que cette peine corroborerait simplement les pénalités édictées par la loi, sans les augmenter.

Le mariage, à Rome, ne fut jamais indissoluble. Il était de principe, nous l'avons dit, que tout lien de droit pouvait être dénoué : « *Omne quod ligatur solubile est.* » Mais les causes, les formes et les effets du divorce ont varié suivant les époques.

— Pour que notre exposé soit aussi clair que possible, nous diviserons notre étude en quatre chapitres. Nous subdiviserons le deuxième chapitre, dans lequel nous nous occuperons de l'histoire du divorce, en quatre parties : la première ira de Romulus à Auguste ; la deuxième, d'Auguste à Constantin ; la troisième, de Constantin à Justinien ; la quatrième traitera les réformes de Justinien et les modifications que ses successeurs y ont introduites.

Le troisième chapitre sera consacré à l'étude des formes du divorce.

Les effets produits par le divorce, quant aux personnes et quant aux biens, seront l'objet du quatrième et dernier chapitre.

CHAPITRE II.

HISTORIQUE DU DIVORCE.

SECTION PREMIÈRE.

PREMIÈRE PÉRIODE : DE ROMULUS A AUGUSTE.

Cette période est très obscure, surtout au début : elle nous offre peu de documents législatifs : les auteurs classiques nous permettent cependant, par les renseignements qu'ils nous fournissent, de suivre le développement du divorce, sous la République.

Dans l'exposé que nous avons fait du mariage, nous avons admis, avec la majorité des auteurs, qu'à l'origine, les mariages étaient accompagnés de *manus*. Le mari avait sur sa femme les droits les plus étendus : celle-ci était vis-à-vis de lui *loco filix*. Il était impossible, dès lors, qu'elle eût, au point de vue de divorce, les mêmes droits que lui. Aussi Romulus reconnut-il au mari seul la faculté de répudier sa femme : il limita cependant les cas de répudiation. « Parmi les lois de Romulus, dit Plutarque, il en est une qui paraît fort dure : c'est celle qui, en défendant aux femmes de quitter leurs maris, autorise les maris à répudier leurs femmes, lorsqu'elles se sont rendues coupables d'une supposition de part, lorsqu'elles ont préparé du poison, se sont

procuré de fausses clefs, ont commis un adultère et même se sont mis en état d'ivresse ⁽¹⁾. » Ce dernier cas nous surprend, à première vue, mais il ne faut pas oublier que les anciens avaient horreur de l'ivrognerie et l'assimilaient à l'adultère. Des auteurs nous disent même que les femmes devaient s'abstenir de vin pendant toute leur vie : les châtimens les plus sévères pouvaient réprimer toute infraction à cette règle : Pline nous cite, comme exemple, le cas de Métellus qui, ayant mis à mort sa femme qu'il avait surprise buvant au tonneau, ne fut pas désavoué par Romulus.

Ainsi donc, à l'époque de Romulus, liberté pour le mari de répudier sa femme pour des causes déterminées. D'après Plutarque, « si un mari répudie sa femme pour une autre cause, la loi ordonne que la moitié de ses biens soit dévolue à sa femme, l'autre à Cérès et qu'il soit lui-même voué aux dieux infernaux. » Limité de cette façon, le divorce ne pouvait que fortifier l'autorité maritale : lorsque le mari qui avait sa femme *in manu*, se trouvait dans un cas de légitime répudiation, il déférait sa femme au tribunal domestique, et si les motifs qu'il invoquait étaient sérieux, il pouvait la renvoyer et garder sa dot.

On a pu remarquer, en lisant le passage de Plutarque, que nous avons reproduit, qu'il n'est question que du mari : les femmes n'avaient-elles donc pas la faculté de répudier ? Nous ne le croyons pas : le divorce, en effet, nous l'avons dit, était incompatible avec le pouvoir que la *manus* conférait au mari. Si la femme n'était pas *in manu mariti*, ce qui était fort rare, ou si elle était *alieni juris*, le *pater* seul pouvait user du divorce, comme il lui plaisait : nous voyons même se produire souvent des cas où les époux étaient

(1) Plutarque, *Vie de Romulus*.

séparés malgré eux, en vertu du bon plaisir du *paterfamilias*, et ce dernier eut longtemps ce droit exorbitant.

Quoique la loi permît le divorce, on en usa fort peu à l'origine : il ne faut pas attribuer à la sévérité des lois de Romulus la rareté des cas qui se présentèrent. La pureté des mœurs et le respect de la religion inspiraient aux Romains une certaine horreur du divorce : cette situation ne se modifia que plus tard, lorsque les mœurs se relâchèrent.

Loi des XII Tables.

Tel était l'état de la législation quand parut la loi des XII Tables (303 ou 304 av. J.-C.). Cette loi, qui est l'unique essai de codification générale avant Justinien, réglait l'ensemble du droit privé et du droit public (*fores omnis publici privatique juris*, dit Tite-Live). Nous croyons qu'elle s'est occupée du divorce : c'est ce qui semble résulter du passage suivant dans lequel Cicéron félicite Antoine d'avoir répudié une comédienne : « *Mimam suam res suas sibi habere ex XII Tabuli : claves ademit : exegit.....* » (Cicéron, *Philippiques*, 2. 28).

Mais cette loi a-t-elle apporté quelque modification importante aux droits de la femme et du mari ? Est-ce elle qui, la première, a reconnu à la femme la faculté de répudier ? Telles sont les questions que l'on a discutées depuis longtemps et que nous allons examiner.

Nous avons vu qu'à l'origine, et pour des considérations d'ordre social, la *manus* accompagnait ordinairement le mariage : nous pensons, avec un certain nombre d'auteurs, et pour les raisons indiquées (cf. p. 3) que, même avant la loi des XII Tables, le mariage libre existait déjà, et que

les décevirs se contentèrent de rédiger en forme positive les usages admis depuis longtemps.

La femme *sui juris* était maîtresse d'elle-même et se conduisait d'après sa libre volonté : elle pouvait, sans motif, rompre avec son mari, quitter le domicile conjugal (*divertere*). La loi, dans ce cas, ne reconnaissait qu'un seul lien, celui du mariage, qui, différant entièrement de celui que créait la *manus*, était dissoluble.

Quant à la *filiafamilias*, l'exercice de son droit lui échappait et passait au *paterfamilias*.

— Telle n'est pas l'opinion de Montesquieu, qui croit que la faculté de répudiation accordée à la femme n'est pas autre chose qu'une loi athénienne transplantée à Rome et insérée dans la loi des XII Tables. « Comme la loi d'Athènes, dit-il, donnait à la femme aussi bien qu'au mari la faculté de répudier et que l'on voit que les femmes obtinrent ce droit sur les premiers Romains, nonobstant la loi de Romulus, il est clair que cette institution fut une de celles que les députés de Rome rapportèrent d'Athènes et qu'elle fut mise dans la loi des XII Tables. » Ce n'est pas aussi clair que veut bien le dire Montesquieu : il est bien certain que des députés romains soient allés en Grèce (Tite-Live nous rapporte ce fait : « *Missi legati Athenas, Spurius Posthumius Albus, Aulus Manlius, Servus Sulpicius, Camerinus, justique inclytas leges Solonis describere, et aliarum civitatum instituta mores juraque noscere* ⁽¹⁾). » Mais nous ne trouvons dans la loi des XII Tables aucun texte qui nous autorise à affirmer que cette loi a, la première, accordé à la femme la faculté de rompre le lien conjugal.

(1) Tite-Live, liv. 3, chap. 32.

Certains auteurs, adoptant ce système émis par Montesquieu, insistent, pour le faire prévaloir, sur l'origine de la loi des XII Tables. Ils disent qu'avant l'apparition de cette loi, dont le but principal était l'amélioration du sort de la femme, une inégalité choquante existait entre les conjoints : tandis que le mari avait (au moins dans certains cas déterminés), la faculté de répudier, la femme ne pouvait rompre le mariage. Il est vraisemblable que les députés romains, rédacteurs de la loi, avaient aperçu cette différence : aussi, lorsqu'ils avaient été envoyés à Athènes pour étudier les mœurs, les lois et les usages de la Grèce, ils avaient trouvé plus équitables les lois de ce pays, et avaient cru devoir s'inspirer des idées de Solon. Ce système, nous l'avons dit, ne repose sur aucune base : il n'est fondé que sur une simple supposition. Il est préférable, dès lors, de faire remonter l'origine du mariage libre à une date antérieure à celle de la loi des XII Tables. Les Romains, qui étaient essentiellement pratiques, admirèrent cette forme d'union pour remédier à certains inconvénients que le mariage avec *manus* présentait souvent, soit pour la femme, soit pour les tuteurs ou pour le *paterfamilias* de celle-ci. A l'époque où parut la loi des XII Tables, le législateur avait si bien compris ces inconvénients, qu'il permit à la femme de se soustraire à l'acquisition de la *manus* par le mari en partant trois nuits consécutives hors du domicile conjugal, « *usurpando usum trinoctrio* » (Gaius, I, 3).

Ce n'est donc pas, à notre avis, la loi des XII Tables qui a apporté la première des modifications aux droits de la femme. Néanmoins, elle a placé celle-ci dans une situation meilleure. Tout en respectant la *manus*, elle a pensé que cette institution, conforme d'ailleurs aux idées des Romains, sacrifiait absolument la femme au mari, et elle s'est faite

l'écho des plaintes et des critiques que pouvait soulever la législation en vigueur.

La femme qui avait contracté un mariage libre était maîtresse du droit de le rompre : il était de toute justice que celle qui, après s'être placée sous la *manus* de son mari, voyait ses espérances déçues, eût, elle aussi, le droit de rompre son mariage et, ensuite, la *manus*, qui l'accompagnait. C'est, croyons-nous, la réforme qu'introduisit la loi des XII Tables : nous allons essayer de le démontrer.

Nous avons dit, plus haut, qu'une inégalité vraiment choquante existait entre les droits des conjoints : c'est ce que nous apprend Plaute, qui fait dire à l'un des personnages du *Mercator*, acte I, scène v, vers 794 :

« Escator lege dura vivunt mulieres,
Multoque iniquiore miseræ quam viri
Nam si vir scortum duxit, clam uxorem suam
Id si rescivit uxor, impune est viro.
Uxor vero, si illam domo egressa est foras
Viro fit causa : exigitur matrimonio.
Utinam lex esset, eadem quam uxori et viro. »

Ce texte a donné lieu à plusieurs interprétations. Les uns prétendent que Plaute n'a fait que retracer les mœurs de son temps ; autrement dit, les femmes auraient eu, deux siècles seulement après la loi des XII Tables, la faculté de répudier leur mari : rien ne justifie cette opinion. La preuve que la femme avait, à l'époque de Plaute, le droit de divorcer, c'est que le poète latin met ce propos dans la bouche d'une femme « *Valeas, tibi habeto.* » Nous verrons plus loin que telle était la formule consacrée.

D'autres auteurs ne vont pas si loin et reconnaissent que la loi des XII Tables a accordé à la femme le droit de répudiation : mais ce droit est singulièrement restreint.

Pothier, se fondant sur le texte de Plaute que nous avons cité *suprà*, nous dit dans ses *Pandectes* : « *Quod ad mulieres attinet, non poterant repudiare viros in quorum potestate erant, matrimoniis scilicet per confarreationem et coemptionem celebratis. Quum autem his modis contractum non erat matrimonium, mulier, aut etiam pater ejus, si esset in potestate patris, poterat, quidem ea invita viro repudium mittere, scilicet antequam vir uxorem usu cepisset. Semel usu usucapata, nec ipsa jam poterat repudiare virum cujus in potestatem transierat : nec pater ejus a quo patria in filiam potestas ad virum fuerat translata.* » *Pandectes*, titre 2, art. 1, § 3.

Ainsi donc, d'après ce système, la femme qui n'est pas passée sous la *manus* de son mari a seule le droit de divorcer. La femme qui est tombée sous cette puissance n'a pas, non plus que son *pater*, cette faculté. — Ce n'est que longtemps après la loi des XII Tables, et sous l'influence de la réforme partielle introduite par cette loi (réforme qui amena la multiplication des mariages libres et la désuétude de la *manus*), que la femme *in manu* se vit étendre le bénéfice de la législation applicable à la femme qui avait contracté un mariage libre.

Nous n'adoptons pas ce système : Pothier fait, selon nous, une fausse interprétation du texte de Plaute. Ce texte indique bien qu'il y a inégalité de droits entre les conjoints, mais c'est tout ; rien ne nous autorise à conclure qu'il établit une différence entre la femme qui est et celle qui n'est pas *in manu*.

Les partisans de cette opinion prétendent encore que la

faculté de divorcer accordée à la femme *in manu* est incompatible avec les droits que son mari a sur elle. Mais nous répondrons qu'il faut tenir compte de l'esprit qui a guidé les décemvirs. La *manus* ne leur paraissait pas d'une perfection absolue, puisqu'ils donnèrent à la femme un moyen de s'y soustraire. Le divorce, il est vrai, était peu en honneur lors de l'apparition de la loi des XII Tables, mais il n'est pas moins certain que c'est surtout à partir de cette époque que nous voyons les mariages libres de plus en plus nombreux. Ce que nous tenons à constater (et ceci n'a été dénié par aucun auteur), c'est que la loi des XII Tables a, la première, porté atteinte à la *manus*, tout en en conservant le principe.

— Notre système est fondé sur un texte de Gaius : « *Hæc (mulier) autem, repudio misso, virum proinde compellere potest, atque si ei nunquam nupta fuisset* » (I, 137).

On a donné deux explications de ce texte; voici la première : On sait que le divorce avait seulement pour effet de rompre le mariage, restait la *manus* : d'après certains auteurs, Gaius aurait voulu nous dire que la femme répudiée par son mari pouvait obliger celui-ci à dissoudre ce dernier lien. Quand la *manus* avait été établie par la *confarreatio*, il fallait recourir à la *diffareatio*. Une mancipation suivie d'affranchissement était nécessaire si elle avait été constituée par la *coemptio* et l'*usus*.

Cette explication, assez ingénieuse, ne nous satisfait pas. Nous pensons qu'on peut conclure du paragraphe 137, que la femme *in manu* avait le droit de répudier son mari et non pas seulement de forcer ce dernier à la décharger de la *manus*, lorsqu'elle avait été répudiée. En effet, pourquoi faire cette restriction? Les mots « *repudio misso*, » nous devons le reconnaître, nous font hésiter un instant : Gaius ne

s'est pas expliqué très clairement : on ne voit pas s'il est indifférent que le *repudium* soit envoyé par l'un ou l'autre des époux : mais on ne peut tirer de cette obscurité du texte une explication telle que celle du système précédent. Il nous semble que si le législateur n'avait pas reconnu à la femme, comme au mari, la faculté de répudier, Gaius nous l'aurait dit formellement quelque part : ou il aurait ajouté à « *repudio misso* » les mots « *à viro*. »

— Revenons à notre texte de Plaute : il nous est facile de l'expliquer, dans l'opinion que nous adoptons aussi bien que dans celle de Pothier : — Ce passage indique, simplement, que les droits des conjoints ne sont pas identiques mais il ne spécifie pas s'il s'agit d'un mariage libre ou d'un mariage accompagné de *manus*. D'ailleurs, est-il étonnant que la loi des XII Tables, tout en permettant à la femme de répudier, ne lui ait pas accordé les mêmes droits qu'au mari? A Rome, on croyait que celui-ci devait avoir des droits plus étendus; c'est, à coup sûr, sous l'empire de cette idée, que Romulus avait autorisé le mari seul à répudier. — De plus, pourquoi le législateur romain aurait-il accordé, du premier coup, à la femme la liberté la plus absolue? Il était équitable que celle-ci eût, au même titre que son mari, le droit de divorcer, même si elle était *in manu* : mais rien n'empêchait le législateur de déterminer des causes légitimes de répudiation. C'est probablement ce qui a été fait : c'est peut-être aussi ce dont se plaint la Climène de Plaute.

— Ajoutons, pour terminer la discussion sur ces différents systèmes, que le paragraphe 137 du Commentaire 1^{er} de Gaius indique, d'une façon incontestable, par la place qu'il occupe, qu'il s'occupe de la femme *in manu*. Les paragraphes précédents (135 et 136), en effet, traitent du *mancipium* et de la *manus*. Il est peu probable, dès lors,

que Gaius a visé, à la fin du paragraphe 137, le cas d'une femme ayant contracté un mariage libre.

— Il nous semble inutile de dire, en terminant cet examen de la loi des XII Tables, que nous n'adoptons pas l'opinion de Montesquieu, d'après laquelle les deux époux avaient la faculté de divorcer par consentement mutuel (*Esprit des lois*, liv. 26, chap. 16).

— Il nous reste, pour terminer l'étude du divorce, sous la République, à tracer la marche suivie par cette institution :

Nous avons vu qu'à l'origine le divorce était très rare : il n'entra guère dans les habitudes tant que les mœurs restèrent pures et conservèrent leur austérité primitive. Certains écrivains latins se plaisent à dire que, pendant cinq siècles, on ne vit aucun divorce. Carvilius Ruga aurait, le premier, en 520 ou 522, *post Romam conditam*, répudié sa femme parce qu'elle était stérile. Nous ne voulons pas examiner si cette allégation est bien fondée : nous ferons seulement remarquer que Tite-Live, Aulu-Gelle, Valère-Maxime, citent, avant cette époque, le divorce de Lucius Antonius (447) et celui de Sempronius Sophus (470). Ce dernier avait invoqué comme motif la présence de sa femme aux jeux publics.

La preuve certaine que le divorce était employé, c'est que Romulus, et après lui la loi des XII Tables, avaient pris soin de s'en occuper. Nous nous expliquons bien, d'ailleurs, pourquoi les auteurs nous parlent tous du divorce de Spurius Ruga. Ce dernier avait répudié sa femme sous prétexte de ne pas manquer au serment fait aux censeurs d'épouser une femme capable de lui donner des enfants. On fut indigné de l'hypocrisie de cet homme qui feignait de divorcer

par excès de conscience et prenait les dieux mêmes pour complices de son mensonge. Comment admettre, en effet, s'il fût sincère, qu'on lui eût gardé rancune de ne s'être point parjuré?

Peut-être aussi ce divorce a-t-il paru aux historiens digne d'une mention particulière, parce qu'il était devenu le point de départ d'une nouvelle période historique. Jusque-là les Romains n'avaient admis la répudiation que pour les motifs les plus graves : l'originalité de celui qu'invoquait Ruga, l'impunité dont jouit cet homme qui, semblant agir *religieuse* et pour obéir à un serment, se mit à l'abri de toute pénalité, rendit célèbre la dissolution de son mariage. Cette explication peut encore être donnée.

Peu à peu les mœurs changèrent, et, dès que la première brèche fut ouverte, lorsque le mariage libre se fut presque entièrement substitué au mariage *cum manu*, on usa du divorce comme d'une sorte de jeu. Les plus hauts personnages eux-mêmes donnaient l'exemple : les auteurs nous citent le cas de Sulpicius Gallus qui divorça parce que sa femme s'était montrée sur la place publique sans voiler son visage. Brutus divorça et se remaria, le même jour. Pompée répudia sa femme pour épouser la fille de Sylla, qui était dans un état de grossesse assez avancé. — Cicéron ne sachant plus à quel moyen recourir pour payer ses dettes, n'hésita pas à répudier Terentia pour épouser une femme riche dont la dot servit à désintéresser ses créanciers. — Caton d'Utique permit à Hortensius d'épouser sa femme : à la mort de son ami, il la reprit. César répudia Pompeia, sur un simple soupçon d'adultère et sous prétexte que « la femme de César ne devait même pas être soupçonnée. »

Telle est la marche suivie par le divorce : à l'origine, on commença par alléguer des motifs présentant un certain

caractère de gravité : la stérilité, l'impudicité, par exemple : ces motifs devinrent de moins en moins sérieux : dans les derniers jours de la République, on se dispensa d'en donner ! A cette époque, dit Sénèque, les femmes de Rome pouvaient compter leurs années non par le nombre des consuls mais par celui de leurs maris. Elles ne reconnaissaient d'autre frein que celui qui résultait de la difficulté qu'elles éprouvaient à se remarier, quand elles n'avaient pas de dot.

Les causes de cette dépravation des mœurs sont faciles à déterminer : elles résultent de l'influence des relations de Rome avec l'Orient : du nombre de plus en plus considérable des esclaves qu'avait amené l'exagération du luxe. Rome avait vaincu la Grèce et les nations policées de l'Orient, mais ces victoires même la conduisirent à sa chute, du jour où le luxe asiatique et la dépravation grecque pénétrèrent dans ses murs. La religion n'était plus, comme autrefois, l'objet de la vénération de tous : les poètes encouragent l'impiété. Plaute, dans une de ses comédies, fait de Jupiter un dieu peu respectable.

Telle est l'explication des progrès rapides faits par le divorce, devenu à la fin de la République, nous l'avons dit plus haut, un véritable besoin. C'est en vain qu'Auguste essaiera de mettre un frein à cette corruption des mœurs : rien ne pourra empêcher la ruine du vieil édifice romain qui s'écroule de toutes parts.

— Avant d'aborder l'étude de la période qui s'étend d'Auguste à Constantin, il nous semble utile d'exposer quelle était la condition privée de la femme sous la République. Nous aurons ainsi une explication de l'horreur qu'éprouvèrent longtemps les Romains pour le divorce. Nous ne

pouvons mieux faire que de reproduire le passage de l'ouvrage de M. Gide.

« Si, laissant un instant de côté les formules juridiques, vous regardez ce qu'était la femme dans les mœurs, dans la vie sociale, en un mot, dans la réalité, vous voyez, pour ainsi dire, la scène changer tout à coup. Ce n'est plus l'esclave impuissante et opprimée, c'est la matrone, la mère de famille vénérée des esclaves, des clients, des enfants, respectée de son mari, chérie de tous, maîtresse dans la maison, et, au dehors, étendant son influence jusqu'au sein des assemblées populaires et des conseils du Sénat » (Gide, *Étude sur la condition privée de la femme*, liv. I, p. 98).

Telle est la condition de la femme, à Rome, sous la royauté et pendant une partie de la période républicaine. — Dans la suite, la femme continue à jouir des mêmes prérogatives, mais le nombre des divorces va toujours croissant. — La comparaison que nous allons établir entre la Romaine des premiers temps et celle de la République nous en indique le motif :

« Autrefois, dit M. Dezobry, « les femmes vivaient renfermées dans la partie centrale de leurs maisons, avec leurs esclaves ; elles les faisaient travailler sous leurs yeux, donnaient elles-mêmes l'exemple de l'adresse et de l'assiduité. Elles confectionnaient aussi les habits de leurs époux. Aujourd'hui, quelques matrones, quelques mères de famille, surtout dans les maisons peu riches, sont encore fidèles aux anciennes mœurs ; mais la plupart des femmes dédaignent ces occupations et les abandonnent aux esclaves....., elles perdent leur vie dans des futilités ; elles passent ce temps dans des festins, dans les lieux publics où l'on donne des fêtes, car elles ne sont point bannies des hommes....., elles mènent un genre de vie inutile à leurs maris et à leurs en-

fants et peu profitable à la République. Leur dédain des soins domestiques, l'éloignement où on les tient des affaires publiques, sous prétexte de la faiblesse de leur sexe, sont quelquefois pernicieux aux mœurs; beaucoup d'entre elles tournant vers les passions l'activité de leur esprit, oublient leurs devoirs d'épouses. Il y en a qui trafiquent, pour ainsi dire, de leur affection et cherchent dans une coupable intrigue, non seulement des émotions pour leur cœur dépravé, mais un secours généreux pour leur luxe et leur coquetterie » (Dezobry, I, pages 43 et 44).

La loi Oppia (540) avait bien eu pour but d'enrayer ce luxe des femmes, en leur défendant de posséder plus d'un demi-once d'or et de porter des vêtements de couleur variée. Mais cette loi fut abrogée, malgré les efforts du vieux Caton qui prédisait aux Romains les conséquences funestes qui résulteraient de cette abrogation. « Lâchez la bride, disait-il en parlant des femmes, à cet animal indompté et vous verrez si vous serez assez puissants pour lui faire maîtriser ses emportements! »

Il est évident que, dans ces conditions, les maris ne pouvaient avoir pour leurs femmes la même affection et le même respect qu'autrefois. Si on rapproche de cette manière de vivre l'intérêt qui les guidait souvent dans le choix d'un mari, on ne cherchera pas ailleurs la cause des divorces si fréquents sous la République et au début de l'Empire, et on s'expliquera facilement que Métellus le Numidique ait un jour tenu ce propos : « Si nous pouvions être sans femmes, nous serions sans chagrins. »

SECTION II.

PÉRIODE D'AUGUSTE A CONSTANTIN.

Nous avons vu qu'à la fin de la République les mœurs avaient atteint un degré de corruption inouï et que les divorces se multipliaient de jour en jour dans toutes les classes de la société romaine. Auguste, en montant sur le trône, trouva son peuple décimé par les guerres civiles et les proscriptions; des vides nombreux existaient dans les familles. Repeupler son Empire en favorisant le mariage, tel fut le noble but que se proposa le prince. Il promulgua, à cet effet, un ensemble de lois, connues sous le nom de *Lois caducaires*, qui ont toutes pour objet d'élever le niveau des mœurs et de pousser les deux sexes au mariage. Mais il hésita à attaquer de front le divorce et il n'en limita même pas les causes. Les lois *Julia* et *Pappia Poppæa* édictent, il est vrai, des pénalités contre les époux divorcés; mais elles ne visent ceux-ci qu'autant qu'ils ne se sont pas remariés. — Ces lois rencontrèrent une vive résistance : Auguste, en modifiant la législation en vigueur, n'avait pas le pouvoir de changer les mœurs et « le peuple romain, qui assistait avec une muette indifférence au renoncement de toutes ses libertés, se révolta dès qu'on voulut toucher à ses vices » (Gide). Le résultat qu'elles produisirent fut loin d'être aussi décisif que celui qu'on en attendait : les célibataires, en effet, contractaient à la hâte des mariages dont l'unique but était d'échapper aux peines édictées contre eux. Au bout d'un certain temps, et sous le prétexte le plus futile, un divorce venait rompre cette union.

Disons quelques mots des prescriptions que contenaient ces lois appelées *Lois caducaires* ou *Leges novæ*.

En vertu de la loi *Julia de maritandis ordinibus*, les célibataires, hommes ou femmes non mariés en justes nocces, ne pouvaient recueillir l'hérédité ou les legs que leur laissait le testateur : ils étaient *incapaces*. — En vertu de la loi *Pappia Poppæa*, les *orbi*, hommes ou femmes mariés, qui n'avaient pas un enfant vivant ou seulement conçu, n'étaient admis à recueillir que la moitié de l'hérédité ou du legs : ils étaient *non solidi capaces*. On avait assimilé aux *orbi* les veufs ou veuves sans enfants et non remariés : on les désignait sous le nom de *patres solitarii*. — Ces lois n'enlevaient pas, d'ailleurs, la *factio testamenti* (capacité qu'a une personne d'être instituée héritière, dans notre cas), mais seulement le *jus capiendi* (capacité de recueillir l'hérédité). Il suffisait, pour les rendre inapplicables, que l'institué ou le légataire ne fût plus *cælebs* ou *orbus* ou *pater solitarius*, au moment où s'ouvrait l'hérédité ou dans les cent jours qui suivaient. Par exception, les hommes âgés de plus de soixante ans, ou de moins de vingt-cinq ans, et les femmes âgées de plus de cinquante ans ou de moins de vingt ans n'étaient pas frappés de l'incapacité totale ou partielle qu'elles édictaient. Le bénéfice des dispositions testamentaires refusé aux *cælibes*, aux *orbi* ou aux *patres solitarii* était dévolu aux héritiers ou légataires qui étaient *patres*, et, à leur défaut, au Trésor public.

Ces lois ont exercé une certaine influence en matière de divorce : avant leur apparition, les époux divorcés avaient la faculté de contracter immédiatement un nouveau mariage. Cela était si vrai, qu'à l'époque classique, on avait agité la question de savoir si un deuxième mariage contracté par l'un des époux n'équivalait pas à un divorce. La femme

elle-même pouvait se remarier immédiatement après la dissolution des liens de l'union précédente : on ne craignait pas la *turbatio sanguinis*, nous en avons des exemples : Scylla désirait vivement que Pompée épousât sa fille Émilie. Mais celle-ci était déjà mariée et se trouvait dans un état de grossesse avancé ; il la fit divorcer et la fit épouser Pompée immédiatement. — Auguste lui-même épousa Livie, alors qu'elle était enceinte de son premier mari !

Les lois caducaires convertirent en obligation cette faculté qu'avaient les époux de contracter un nouveau mariage. Elles considérèrent les époux divorcés comme *célibes* et les frappèrent des déchéances qu'encouraient ces derniers. Le mari devait se marier sans retard : aucun délai ne lui était accordé pour se mettre en règle avec la loi. Aussi Juvénal nous dit-il (satire 6, V, vers 141 et suiv.), que souvent le mari ne recourait au divorce qu'après s'être assuré d'un nouveau mariage.

La femme, au contraire, avait un délai de six mois pour se remarier : la loi Poppea porta ce délai à dix-huit mois ; à partir de cette époque seulement, elle était frappée des peines du célibat. Cette différence entre la situation du mari et celle de la femme était très juste. On pouvait craindre, en cas de divorce aussi bien qu'en cas de mort du mari, la *turbatio sanguinis* ou confusion de part.

Mais ces différentes innovations ne donnèrent pas, nous savons pour quel motif, tout l'effet qu'on en attendait. Il eût fallu, pour obtenir un résultat appréciable, qu'Auguste déterminât limitativement les causes de divorce et revînt à la méthode qu'avait suivie Romulus : c'est ce qu'il n'osa pas faire. Il maintint le divorce par consentement mutuel ou *bona gratia*, qui permettait aux époux fatigués de la vie commune de reprendre leur liberté. La volonté d'un seul

des conjoints suffisait même pour rompre le mariage.

Les jurisconsultes indiquent, dans leurs écrits, les causes le plus ordinairement invoquées. Ce sont : l'entrée dans le sacerdoce de certains dieux (L. 60, pr. 1, *in fine*, D. 24-1°); l'engagement du mari dans l'armée (L. 61, § 1, *ibid.*), la mauvaise santé (L. 60), la folie, l'adultère, l'absence (L. 6, *De divortis*), la vieillesse, la stérilité de la femme, l'impuissance du mari.

Nous avons seulement quelques observations à présenter au sujet de la folie. Le fou ne pouvait contracter mariage, puisque son consentement n'était pas libre : mais le conjoint de celui qui était devenu fou au cours du mariage avait le droit de divorcer si la maladie était arrivée à un degré tel qu'il n'y avait plus espoir de guérison. La folie intermittente ou ne présentant pas de danger pour le conjoint ou pour ceux qui soignaient le malade, ne suffisait pas pour servir de base à la répudiation. L'époux qui divorcerait dans ce cas serait frappé de pénalités.

— L'adultère est, pour l'époux blessé, une juste cause de divorce. Ce crime soumet, en outre, le coupable à des peines pécuniaires, dont nous nous occuperons dans un chapitre suivant; s'il est commis par la femme, son mari a, en outre, une action publique entraînant des peines corporelles.

D'après la loi Julia, la femme surprise en flagrant délit d'adultère par son mari devait être répudiée. Si celui-ci n'exerçait pas son droit, il encourait les peines du *lenocinium* et il ne pouvait plus répudier.

Lorsque les conjoints se rendaient tous deux coupables d'adultère, le divorce avait lieu également, mais aucun d'eux ne pouvait faire prononcer contre l'autre époux les peines attachées à ce crime. « *Paria enim delicta mutua pensatione dissolvuntur* » (L. 39, D. *Solut. matrim.*, 24-3°).

— L'absence trop prolongée du mari était encore , pour la femme , une cause de divorce. Jusqu'à Constantin , la durée de l'absence n'était pas fixée. Des abus se produisirent probablement , car cet empereur crut devoir déterminer le délai de quatre ans.

— Nous ne pouvons , en terminant ce chapitre , que constater que le divorce était devenu , sous l'Empire , le mode le plus ordinaire de dissolution du mariage. Ce fait ne doit pas seulement être imputé , nous l'avons vu , à l'altération des mœurs , mais encore aux lois caducaires qui , « poussant les citoyens à des unions précipitées et sans choix , accélèrent ainsi artificiellement la dégradation qu'elles prétendaient arrêter » (Accarias , t. I, n° 97).

SECTION III.

TROISIÈME PÉRIODE : DE CONSTANTIN A JUSTINIEN.

Avec Constantin , l'histoire du divorce entre dans une phase nouvelle. La religion catholique que les premiers empereurs ont persécutée a , depuis trois siècles , fait de rapides progrès ; à l'avènement de Constantin , elle lutte avec succès contre le paganisme et s'attaque aux institutions du monde ancien. Les idées des époques précédentes font place , peu à peu , à des idées nouvelles : les théories chrétiennes se substituent aux vieux systèmes philosophiques : on envisage sous un nouvel aspect la famille , le mariage , le divorce , et on s'effraie des progrès accomplis par cette institution ; on a honte de la facilité avec laquelle on se joue du lien conjugal.

Pour arrêter le divorce, il était nécessaire d'arracher le vice qui en était l'origine : l'Empire romain entraîné à grands pas vers sa ruine avait besoin, pour être retenu, d'une main ferme. L'honneur de réformer la société romaine était réservé au Christianisme, qui s'assit sur le trône avec Constantin.

Cet empereur fit ce que n'avait pas osé faire Auguste ; il attaqua le divorce de front en en limitant les cas et en défendant qu'il eût lieu par consentement mutuel. Chaque époux ne pouvait plus invoquer que trois causes légitimes : il fallait que le mari, pour être répudié, fût ou homicide, ou magicien, ou violateur de tombeaux. La femme devait être ou adultère, ou magicienne, ou proxénète.

On pourrait croire que Constantin, empereur chrétien, aurait dû proscrire le divorce d'une manière absolue. Mais, en agissant ainsi, il n'aurait peut-être pas obtenu un résultat favorable. En effet, il faut tenir compte de l'état des mœurs au jour de l'avènement de cet empereur. « Avant de convertir les institutions, il fallait convertir les cœurs. Plus d'un chrétien par la foi était encore païen par les habitudes civiles et domestiques, par les préjugés et les tendances et par ce qui meurt le dernier en l'homme, les passions. Constantin eut à subir ces influences tout en les combattant..... » D'ailleurs « les grandes révolutions morales ne s'opèrent pas par un coup de main. Un pouvoir sage ne les brusque pas : il les prépare par des essais et des tentatives partielles » (Troplong, *Influence du Christianisme sur le droit civil romain*).

Le résultat que devait obtenir cette législation ne se fit pas attendre : on vit diminuer sensiblement le nombre des divorces qui, cependant, resta considérable : saint Jérôme nous rapporte qu'un individu se maria vingt et une fois ; il

s'unit, la dernière fois, avec une femme qui n'avait pas eu moins de vingt-deux époux.

L'exemple de Constantin ne fut pas suivi par ses successeurs. Un siècle plus tard, les empereurs Théodose et Honorius modifièrent sensiblement son œuvre. Les conjoints purent de nouveau divorcer par consentement mutuel (438), ou pour des fautes légères. Les peines édictées par les empereurs furent graduées suivant que le divorce avait lieu sans cause légitime, ou *ob mores* ou *ob crimen* grave. Ce retour à l'ancien régime ne fut pas de longue durée : les idées chrétiennes pénétraient de plus en plus dans les mœurs, et en 449 les empereurs Théodose et Valentinien proscrivirent de nouveau le divorce par consentement mutuel et limitèrent les cas de répudiation.

C'était, pour le mari, lorsque la femme commettait un adultère, un empoisonnement, un sacrilège, lorsqu'elle était complice de voleurs; lorsque, malgré son mari ou à son insu, elle dînait avec des étrangers; lorsque, sans motif, elle passait la nuit hors du domicile conjugal; lorsqu'elle voulait le faire périr par le fer ou le poison, lorsqu'elle était accusée de faux (L. 8, C. *De repud.*, 19).

C'était, pour la femme, lorsque le mari était coupable d'adultère, d'homicide, d'empoisonnement, de violation de sépulture, de vol sacrilège ou autre; lorsqu'il souillait sa demeure sous les yeux de son épouse en y recevant des femmes de mauvaise vie; lorsqu'il attentait à la vie de sa femme par le poison, le fer ou autrement; lorsqu'il la frappait de verges.

En dehors de ces cas, le mari ou la femme pouvait envoyer le *repudium*, mais il encourait certaines pénalités.

Telles furent les différentes modifications apportées à la législation du divorce par les successeurs de Constantin. Le

rapide exposé que nous en avons tracé indique le grand progrès accompli pendant cette période. Les empereurs rencontrent bien encore une certaine résistance, qui durera d'ailleurs encore longtemps. Les mœurs n'admettent pas l'indissolubilité du mariage : la législation considère le divorce comme un mal nécessaire. Mais le Christianisme, devenu religion d'État sous Constantin, va continuer la tâche qu'il a entreprise et sera secondé par Justinien, dont nous allons étudier les réformes.

SECTION IV.

QUATRIÈME PÉRIODE : JUSTINIEN.

Dans la législation de Justinien, nous trouvons des variations incessantes qui la rendent obscure et assez difficile à exposer. A l'origine du règne de cet empereur, les causes de divorce étaient les mêmes que celles qu'indiquait la constitution de Théodose et de Valentinien (L. 8, C. *De repudiis*). Justinien avait seulement ajouté l'avortement, le fait, pour la femme, d'être allée au bain *cum libidinosus viris*; enfin, l'intention qu'aurait manifestée celle-ci, pendant le mariage, de prendre un autre mari.

Plus tard, Justinien, comprenant que les cas de divorce devaient être aussi restreints que possible, prit des mesures dans ce but. On ne considéra plus comme motif de divorce, l'intention manifestée par la femme, pendant le mariage, de prendre un autre mari. — On n'autorisa plus la femme frappée de verges par son mari, à le répudier à raison des excès dont elle avait été victime : une amende, égale au

tiers de la donation anténuptiale, était le châtiment de l'époux.

Les Nouvelles 22 et 117 contiennent la législation de Justinien sur le divorce : cette dernière Nouvelle apporta d'importantes modifications à la première. Ainsi, le divorce *bona gratia*, permis par la Nouvelle 22, chap. 14, était défendu par la Nouvelle 117. Mais, les époux qui voulaient rentrer dans la chasteté, avaient la faculté de divorcer *bona gratia*. La perte des biens était la peine qui frappait l'époux qui, après avoir rompu son mariage, se remariait ou *luxuriose vivebat*.

— Les deux époux pouvaient encore réciproquement demander le divorce, si l'un d'eux avait formé un complot contre l'État, ou avait attenté à la vie de l'autre, ou ne l'avait pas averti de projets de meurtre dirigés contre lui.

— Comme motifs de divorce nous trouvons :

A. *L'impuissance*. — Justinien, après avoir fixé à deux ans le délai après lequel l'impuissance donnait lieu à la dissolution du mariage (L. 10, C. *De repudiis*), prolongea d'un an le temps d'épreuve (Nov. 22, ch. 6). La Nouvelle 117 mentionnait cette cause au nombre de celles qui rompaient l'union des conjoints sans leur faire encourir de peines.

B. *Absence*. — Constantin avait permis à la femme du militaire absent de se remarier, après un délai de quatre ans, à partir des dernières nouvelles. Justinien prolongea d'abord cette période de six ans; puis, dans sa Nouvelle 117, il exigea que la femme, avant de se remarier, consultât les *charlutarii* chargés de mentionner sur des registres les noms des soldats faits prisonniers ou morts. Dans le cas seulement où son mari était mort, elle pouvait contracter un

nouveau mariage après avoir obtenu l'autorisation de l'empereur.

C. *Monachisme*. — Voulant favoriser, le plus possible, la vocation religieuse, Justinien autorisa à divorcer le conjoint qui voulait vivre désormais dans la continence et consacrer sa vie à Dieu. Une peine sévère (la perte des biens) le frappait s'il rompait son vœu.

D. *Démence*. — Ce cas était admis par Justinien avec les conditions exigées autrefois par Constantin : il fallait que la folie du malade mît en danger la vie de l'autre époux.

E. *La captivité*, d'après le Digeste, était une cause de rupture du lien conjugal : le captif subissait, en effet, une *maxima capitis deminutio*. Justinien, après avoir admis (L. 8, D. 24) que la mort seule du captif rend la liberté à son épouse, permit ensuite à celle-ci de se remarier, si pendant quatre ans, son conjoint la laissait sans nouvelles (L. 7, C. *De repud.*).

D'après la Nouvelle 117, le mariage subsiste tant qu'il n'y a aucun doute sur l'existence du captif. En cas de doute et après un délai de cinq ans pendant lequel celui-ci a gardé le silence, le conjoint a la faculté de se remarier.

F. *L'avortement* que la Nouvelle 22, chap. 16, avait mis au nombre des causes de divorce, n'est plus mentionné par la Nouvelle 117, chap. 8. Peut-être doit-on conclure que ce silence équivaut à une prohibition.

— Telle est, dans son ensemble, la législation de Justinien. Les successeurs de cet empereur n'y apportèrent que quelques modifications. Le divorce, par consentement mutuel, supprimé par Justinien, fut rétabli par son neveu Justin, sous le vain prétexte qu'il y a des antipathies et des haines

plus fortes que la raison humaine et devant lesquelles les lois doivent se laisser fléchir. Il faut d'ailleurs que toute réconciliation soit impossible : « *ubi pusillanimitas eo progressa sit, ut quod odium inter conjuges obortum fuerit, mitigari et componi nequeat.* »

CHAPITRE III.

PROCÉDURE DU DIVORCE.

Nous examinerons dans ce chapitre les deux questions suivantes : 1° Qui peut demander le divorce? 2° Quelles sont les formalités à accomplir?

SECTION I.

QUI PEUT DEMANDER LE DIVORCE?

A. *Droits du mari.*

Nous savons que le mariage romain ne fut jamais indissoluble ⁽¹⁾. Si nous en croyons Plutarque, c'est Romulus qui a, le premier, inscrit, dans la législation, le droit pour le mari de répudier sa femme et déterminé les causes pour lesquelles cette répudiation était autorisée. Des peines sévères étaient prononcées contre le mari qui aurait renvoyé

(1) Cependant le mariage du flamine de Jupiter ne pouvait être dissous que par la mort : « *Matrimonium flaminis nisi morte dirimi non est jus* » (Aulu Gelle, X, chap. 13).

sa femme sans motif légitime. « Ce que la loi voulait, dit Plutarque, c'est ce que celui qui répudierait dans d'autres cas, fût obligé de donner la moitié de ses biens à sa femme et que l'autre moitié fût consacrée à Cérès. » — En un mot, le mari peut divorcer quand il veut, sous la réserve des peines que nous venons d'indiquer.

Il faut cependant distinguer suivant qu'il s'agit d'une personne *sui juris* ou *alieni juris*. Dans le premier cas, le divorce est véritablement un acte libre; dans le deuxième, au contraire, des droits considérables étaient accordés au *paterfamilias*. Le consentement de ce dernier était nécessaire pour contracter les *justæ nuptiæ*. Le *filiusfamilias* devait-il obtenir ce consentement pour divorcer? Certains auteurs se prononcent pour l'affirmative, avec raison, croyons-nous. On sait, en effet, combien rigoureuse était la sujétion du fils vis-à-vis du *paterfamilias*. Le divorce, par ses effets, était un acte très grave, et on ne comprend pas que le père ne soit pas appelé à donner son consentement en pareille circonstance. Il est inadmissible, à notre avis, que cette législation qui donne au *paterfamilias* le droit vraiment exorbitant de contraindre son fils à divorcer, n'oblige pas ce dernier à solliciter le consentement de son *pater* lorsqu'il veut répudier sa femme.

Nous ne pouvons, il est vrai, invoquer aucun texte à l'appui de notre système. Mais si les textes sont muets à l'égard du *filiusfamilias* et ne s'occupent que de la *filiafamilias*, c'est que la question se présentait surtout à cause d'elle et que l'intérêt en jeu (à raison de la dot obligatoire pour le *pater*) était beaucoup plus considérable.

La loi des XII Tables modifia peu les droits du mari : nous pensons que la coutume seule augmenta, en faveur de ce dernier, les cas de divorce primitivement déterminés

par Romulus. Plus tard, lorsque le divorce *communi consensu* ou *bona gratia* fut admis, le mari eut, comme la femme, le droit d'en user.

B. Droits de la femme.

Il faut distinguer, au moins jusqu'à la loi des XII Tables, si la femme était ou non *in manu*.

Dans le premier cas, la faculté de répudier lui était interdite : cet état de subordination ne nous étonne pas ; il était impossible, en effet, que la femme soumise à la *manus* de son mari pût s'en affranchir à son gré. De son côté, ce dernier devait, lorsqu'il invoquait un motif de répudiation, s'adresser au tribunal domestique chargé d'apprécier.

La loi des XII Tables mit, croyons-nous, la femme *in manu* en possession du droit de rompre le lien conjugal. Mais, nous l'avons vu plus haut, il est probable que les conjoints ne furent pas, tout d'abord, placés sur le pied de l'égalité : des considérations de morale légitimaient cette différence. Mais la *manus* tomba peu à peu en désuétude ; deux siècles après la promulgation de la loi des XII Tables, les mœurs étaient en pleine décadence ; les femmes riches, jalouses de conserver leur indépendance, ne voulurent plus se placer sous la *manus* de leur mari et le mariage libre se substitua complètement au mariage accompagné de *manus*.

Femmes ayant contracté un mariage sans MANUS.

Nous avons admis, au cours de cette étude, que le mariage n'était pas, même à l'origine, nécessairement accompagné de *manus*. Examinons donc les droits de la femme

qui n'était pas *in manu*. A notre avis, la loi de Romulus visait seulement celle qui ne se trouvait pas dans ce cas : celle qui avait contracté un mariage sans *manus* était maîtresse d'elle-même et devait pouvoir divorcer librement : il n'y avait, en effet, à dissoudre que le lien du mariage qui n'avait jamais été déclaré indissoluble.

Montesquieu adopte une opinion différente :

D'après lui, la faculté de répudier donnée à la femme ne fut qu'une institution rapportée d'Athènes par les députés de Rome et par eux insérée dans la loi des XII Tables. Nous n'admettons pas ce système : nous pensons que le système reconnaissant le principe de réciprocité est préférable et nous croyons que, même avant la loi des XII Tables, la femme, à moins qu'elle ne soit *in manu*, avait la liberté la plus grande pour divorcer. Si, au contraire, elle était placée sous la *manus* de son mari, il lui était interdit de rompre le lien conjugal. Après la loi des XII Tables, cette interdiction fut levée, mais les cas de répudiation étaient moins nombreux pour la femme que pour le mari.

Quand les deux époux eurent la faculté de répudier, il n'y eut plus qu'un pas à faire pour les autoriser à divorcer par consentement mutuel. On pensa, en effet, que si la volonté d'un des conjoints suffisait pour dissoudre le mariage, leur commune volonté devait, à plus forte raison, produire le même résultat. On les mit donc tous deux sur le pied de l'égalité : c'est à partir de ce moment que le nombre des divorces augmenta d'une façon effrayante.

C. Droits du PATERFAMILIAS.

Nous savons que le *paterfamilias* devait donner son consentement à son fils, quand celui-ci voulait contracter

mariage ou dissoudre l'union existante. La *filiafamilias* devait, elle aussi, solliciter ce consentement dans les mêmes circonstances. En matière de divorce, l'exercice de son droit de répudiation lui échappait et passait aux mains du *paterfamilias*. C'est à lui qu'elle devait porter ses plaintes et demander justice si elle se croyait offensée par son mari. Nous en trouvons un exemple dans Plaute : Doripe, trompée par son mari, dépêche aussitôt un esclave à la maison paternelle :

Syra, i rogato meum patrem verbis meis
Ut veniat ad me jam simul tecum.

(*Mercator*, vers 776.)

Ce pouvoir du père avait cet avantage qu'il était très propre à réprimer un mouvement irréfléchi et à prévenir des ruptures intempestives : mais il avait l'inconvénient d'être trop absolu ; propriétaire de ses enfants, le *paterfamilias* ne perdait point ses droits sur sa fille : il pouvait, il est vrai, l'émanciper ou la laisser tomber *in manum mariti*, mais le mariage à lui seul n'opérait point ces effets et le droit de disposition du père demeurait tout entier.

Il parut injuste à Justinien que les enfants pussent divorcer sans le consentement du *paterfamilias* : aussi, il défendit, dans sa Nouvelle 22, qu'aucun enfant, émancipé ou non, divorçât sans avoir obtenu le consentement du père et de la mère, et même celui des autres personnes qui avaient fait la donation à cause de noces ou qui l'avaient reçue soit par elles, soit par leurs enfants (Nov. 22, chap. 19). — Le divorce qui avait lieu, en dépit de cette prescription, ne produisait aucun effet à l'égard de ces personnes. Justinien, pour édicter cette défense, se fondait

sur des raisons d'intérêt pécuniaire. « Il ne serait pas raisonnable que l'ascendant ne pût rompre le mariage de son fils, tandis que ce fils, encore fort jeune et incapable de se conduire, serait maître de le dissoudre au mépris de la volonté et des intérêts de son ascendant. »

— Maître de refuser de consentir au mariage que sa fille désirait contracter, le *paterfamilias* pouvait encore, si tel était son bon plaisir, briser une union qui faisait le bonheur des époux. Il n'avait cependant pas ce droit vis-à-vis de ses enfants émancipés. Le Code (L. 5, *De repudiis, in fine*) ne nous parle que de la fille émancipée : « *Emancipatæ vero filix pater divortium in arbitrio suo non habet.* » Mais ce texte, à notre avis, doit s'appliquer également au *filiusfamilias*. Les enfants émancipés eurent toujours la faculté de divorcer sans obtenir le consentement de leur père, si la rupture du mariage n'avait pas pour but de frustrer ce dernier ⁽¹⁾.

Ennius exprime en ces termes les supplications d'une fille qui demande à son père de ne pas briser son mariage :

« Injuria abs te afficior indigna, pater,
Nam si improbum Cresphontem existimaveras
Cur me huic locabas nuptiis? Sin est probum
Cur talem invitum invitam cogis linquere. »

Paul, dans ses *Sentences*, fait mention de ce pouvoir du *paterfamilias* lorsqu'il nous parle de la réforme d'Antonin le Pieux : « *Bene concordans matrimonium separari à patre divus Pius prohibuit.* » Les empereurs Dioclétien et Maxi-

(1) Si filia emancipata idcirco diverterat ut maritum lucro dotis adficiat patrem fraudet qui profectitiam dotem potuit petere si, constante matrimonio, decessisset : et ideo patri succurrendum est ne dotem perdat : non enim minus patri quam marito succurrere prætorem oportet (Dig., L. 5, *De divort.*, 24-20).

mien confirmèrent cette décision de leur prédécesseur, en déclarant, qu'à moins de très graves motifs, un père ne pouvait rompre le mariage de sa fille en puissance, si elle n'y consentait pas, et que jamais la rupture de l'union de la fille émancipée ne dépendrait de la volonté du *pater*, quelle que fût la gravité des motifs qu'il avait à invoquer.

— Ce pouvoir du père n'avait donc, dans l'ancien droit, aucune limite. Néanmoins, la fille pouvait, lorsqu'elle ne jugeait pas utile de divorcer, paralyser l'action du père qui n'avait souvent en vue que l'intérêt pécuniaire. Le mariage était, il est vrai, rompu contre son gré, mais elle était libre de refuser son concours au moment où le *pater* voulait tenter l'action en répétition de dot, dont il n'avait pas seul l'exercice. La dot restait alors à la disposition de celui qui n'était plus son époux.

— Nous avons encore à examiner une question intéressante : celle de savoir si la volonté d'un ascendant, soumis à la même puissance paternelle que le fils ou la fille, suffisait pour rompre le mariage de ceux-ci.

En ce qui concerne la *filiafamilias*, nous répondons négativement : en effet, le consentement de cet ascendant n'étant pas nécessaire pour le mariage, sa volonté ne pouvait, dès lors, suffire pour sa dissolution.

Le petit-fils du *paterfamilias* était, on le sait, obligé de demander le consentement de son ascendant lorsqu'il voulait se marier : ce dernier devait, en effet, devenir, un jour, *paterfamilias*. Nous pensons que son consentement n'était pas nécessaire, en matière de divorce. Si le *paterfamilias* devait être consulté, c'est parce que le divorce pouvait avoir les plus graves conséquences pour la famille dont il avait la direction : et ce motif n'existait plus quand il s'agissait d'un ascendant qui n'était pas encore *paterfamilias*.

D. *Droits de la MATERFAMILIAS.*

Jamais la *materfamilias* n'eut le droit de provoquer le divorce de ses enfants : le plus souvent, d'ailleurs, elle était, elle-même *in manu*.

SECTION II.

CONDITIONS DE LA DEMANDE DE DIVORCE.

1^o *Conditions de fonds.*

Le divorce n'a pas lieu si le conjoint n'a pas la ferme intention de se séparer à jamais de son conjoint. « *Divortium non est, nisi quod animo perpetuam constituendi dis-sensionem fit* (Paul, Loi 3, D. *De divort.*). C'est, nous le voyons, le contraire du mariage qui suppose chez les futurs l'intention de s'unir pour toujours.

Le *repudium* envoyé dans un moment de colère ne rompt pas le mariage : il faut que le répudiant persiste dans sa volonté de divorcer jusqu'au moment où le conjoint a reçu le libelle; s'il revient sur sa détermination primitive, avant la remise de ce libelle, et sans pouvoir cependant empêcher cette remise, le mariage n'est pas rompu! Le mandat a été rempli par le mandataire, alors qu'il avait déjà été révoqué par le mandant. Si le conjoint qui a reçu le *repudium* veut s'en prévaloir, le divorce est prononcé contre lui. La loi considère l'envoi de ce libelle comme fait à la suite d'un

mouvement d'humeur passagère : c'est une simple brouille (*jurgium fribusculum*).

Cette volonté persistante de divorcer exigée par la loi indique suffisamment que le répudiant doit être sain d'esprit. Un *furiosus* ne peut envoyer le libelle (L. 4, D. 24, 20). Le rôle des deux époux est bien différent : le répudiant joue un rôle actif; le répudié, un rôle purement passif. Du moment qu'il ne s'agit pas du divorce par consentement mutuel, il n'est pas nécessaire que ce dernier ait connaissance de la volonté de son conjoint. Le divorce peut même avoir lieu à son insu.

La folie empêchait-elle d'être répudié ou de répudier?

Nous avons dit plus haut qu'il était inutile que le répudié eût connaissance de la volonté de son conjoint (Dig., L. 24-1^o). L'insensé peut donc être répudié.

Comme on ne rencontrerait pas chez l'insensé la volonté réfléchie et constante de divorcer, il est impossible à celui-ci de répudier. Son curateur n'aurait même pas le droit d'agir à sa place : sa démence, en effet, lui enlève tout consentement. Le père seul, s'il avait conservé la puissance paternelle sur son enfant, pouvait envoyer le *repudium* au nom de ce dernier (L. 4, D.).

2^o Conditions de forme.

Valère-Maxime nous dit que « toutes les fois qu'il s'élevait quelque différend entre les deux époux, ceux-ci se rendaient au temple de la déesse Viriplaca sur le Mont-Aventin, et là, après s'être expliqués l'un et l'autre, ils renonçaient à leur querelle et s'en retournaient réconciliés » (liv. 2, ch. I, par. 6). » Des amis communs intervenaient et

réussissaient le plus souvent, à ramener la paix dans le ménage.

C'était là une tentative de réconciliation, ayant certains rapports avec celle que nos lois ont rendue obligatoire en pareille circonstance.

Rien ne nous autorise à croire que cette tentative d'arrangement, employée dans les premiers temps, avait un caractère obligatoire. — Valère-Maxime nous rapporte, il est vrai (liv. 8), que les censeurs chassèrent du Sénat Lucius Antonius, parce qu'il avait répudié sa femme sans soumettre à ses amis les motifs de répudiation qu'il invoquait. — Cette tentative de conciliation disparut avec le paganisme : nous ne la ferons pas rentrer dans les formalités légales du divorce.

— Nous savons que tantôt la *manus* accompagnait le mariage, tantôt ne l'accompagnait pas.

Dans le premier cas, lorsque la *confarreatio* ou la *coemptio* était en vigueur, le divorce était suivi d'une solennité particulière. Dans le mariage par *confarreatio*, une cérémonie religieuse avait eu lieu : il y avait eu *communicatio divini juris*. Il fallait, pour rompre cette union, une cérémonie religieuse, mettant à néant la première. Le mariage consacré *farreo* se dissolvait *diffareatione*.

Si le mariage avait eu lieu *per æs et libram*, la mancipation qui avait servi à faire entrer la femme dans la famille l'en faisait également sortir. C'est ce que nous dit Festus au mot « *Remancipatam* » : « *Remancipatam Gallus Ælius esse ait quæ mancipata sit ab eo cui in manu convenerat.* »

Lorsque le mari avait, au cours du mariage, acquis la *manus* par l'*usus*, la remancipation était aussi nécessaire (Gaius, I, par. 118).

A l'époque de ce jurisconsulte, ces cérémonies étaient à

peu près oubliées. Gaius (I, par. 111) nous dit que l'*usus* était tombé en désuétude.

— Si la *manus* n'avait pas accompagné le mariage, le seul consentement suffisait pour le dissoudre.

— Même en cas de mariage libre, le divorce se pratiqua à l'aide de certains actes, de certaines formules. Le mari avait coutume, en répudiant sa femme, de lui retirer les clefs (Cicéron, *Philippiques*), et de la renvoyer après lui avoir restitué sa dot. Puis, on lacérait ordinairement les *tabulæ nuptiales*, et on transcrivait le *libellum repudii* sur les registres publics.

Si le divorce avait lieu, à la suite de l'adultère de la femme, on dépouillait celle-ci de la stole, qui était le costume des honnêtes femmes, pour la revêtir de la toge, vêtement des courtisanes.

Il n'y avait, d'ailleurs, rien de sacramentel : chacun exprimait, comme il l'entendait, sa volonté de faire divorce : la présence de l'époux répudié n'était même pas nécessaire, au moment où on prononçait les paroles consacrées. Pour divorcer, il suffisait donc de vouloir divorcer et de prendre la peine de le dire. Mais on en vint à trouver que c'était encore trop de souci et, vers la fin de la République, on discuta la question de savoir si un second mariage, contracté pendant que le premier existait encore, n'équivalait pas à un divorce : autrement dit, si la répudiation pouvait être tacite. Cicéron a examiné dans son *de Oratore* cette question, dont il serait très-intéressant d'avoir la solution.

— Les formules employées étaient multiples : elles expriment, au fond, la même idée. Cicéron emploie la formule : « *Res tuas tibi agito.* » Plaute fait dire par Alimène à son époux : « *Valeas, tibi habeas res tuas, redde meas* (*Amphitryon*, acte 3, scène 2). — Nous lisons dans Apulée

(tome 2) : « *Confestim toro meo divorte, tibi que tuas res habeto.* » Nous rencontrons aussi les expressions : « *I foras, vade foras. Bete foras.* » Cette dernière, d'après M. May, est la plus ancienne qui ait été employée.

— Entre fiancés, la formule consacrée était : « *Conditione tua non utor.* »

— Nous croyons que, même après la loi Julia, le divorce, pas plus que le mariage, n'exigeait de paroles sacramentelles. Plusieurs auteurs ont cependant émis une opinion contraire. Cujas nous dit : « *Repudium concipitur certis formalibusque verbis ex XII Tabulis.* » Et Pothier : « *Erant etiam solemnia verba.* »

— Nous répondrons qu'on cherche en vain dans le Digeste une énumération de ces formules sacramentelles. La loi 9-24-2° est muette. Reste la loi 2, même titre, dans laquelle Gaius nous cite comme *verba comprobata* : « *Tuas res tibi habeto,* » pour la femme, « *tuas res tibi agito,* » pour le mari. Mais, à notre avis, le jurisconsulte romain veut seulement nous dire que ces formules étaient employées communément, approuvées par l'usage « *comprobata.* »

Quel intérêt aurait eu Auguste à exiger l'emploi de certaines paroles solennelles? Le but qu'il se proposait était de constater le fait du mariage, à cause des conséquences juridiques qu'il entraînait. C'était aussi de faire apparaître ostensiblement la volonté sérieuse de celui qui voulait divorcer.

La loi Julia soumit le divorce à certaines formalités, et sanctionna par la nullité de l'acte, leur inexécution. « *Lex Julia de adulteriis, nisi certo modo divortium factum sit pro infecto habet.* » La présence de sept témoins, citoyens romains, pubères, et d'un affranchi, de celui qui envoyait le *repudium* fut exigée. On s'est demandé pourquoi la pré-

sence d'un tel nombre de témoins? Certains y ont vu un vestige de l'ancien tribunal de famille, tombé en désuétude; d'autres pensent que c'était afin que la date du divorce fût bien établie. Nous pensons que cette dernière opinion est fondée : ce qui nous le fait supposer, c'est qu'on exigeait, outre ces différentes formalités, la transcription du *libellus* dans les registres publics.

— La renonciation au mariage devait se faire *per epistolam* : c'est ce qu'on appelait le *libellus repudiî*.

— Justinien introduisit une légère modification à la loi Julia, au sujet de la femme du captif qui, incertaine de l'existence de son mari, voulait, après cinq années écoulées depuis le commencement de la captivité, contracter un nouveau mariage. Il la dispensa, à raison de l'éloignement, d'envoyer le *repudium* à son mari (Nov. 22).

D'après cette même Novelle, la femme du militaire qui voulait se remarier lorsqu'elle avait passé dix années sans recevoir de nouvelles de son mari, devait envoyer le *libellum* au général ou au tribun sous les ordres duquel était celui-ci. Dans la Novelle 117, ch. 11, Justinien exige que les chefs jurent sur les saints Évangiles que le mari est réellement mort.

— Les derniers empereurs qui se sont occupés du divorce ne paraissent pas avoir ajouté de formalités nouvelles à celles qu'édicte la loi Julia.

— Tout ce que nous venons d'exposer ne s'applique pas, bien entendu, au divorce par consentement mutuel. Dans ce cas, la convention des parties fut toujours la seule règle.

APPENDICE.

DES MOYENS DE PREUVE EN MATIÈRE DE DIVORCE.

Les moyens de preuve usités dans cette matière ne diffèrent pas de ceux qui étaient employés en tout autre cas. Nous avons cependant à signaler une innovation introduite par la loi Julia, *De adulteriis*, pour le cas de divorce.

Ordinairement, en matière criminelle, la déposition des esclaves n'était pas admise contre leurs maîtres, il eût été trop blessant pour l'orgueil romain qu'un esclave tînt entre ses mains le sort de son maître. « *Neque enim oportet salutem dominorum servorum arbitrio committi* (L. 18, par. 5, D. *De quæstionibus*). Il était même interdit de mettre à la question un esclave témoignant contre son ancien maître ou le père de celui-ci.

Exceptionnellement, on permit d'interroger les esclaves *in caput domini*, dans certaines causes de nature à porter une grave atteinte à la morale ou à l'ordre public — en cas de poursuite pour adultère, par exemple — (c'est l'œuvre de la loi Julia), en cas de fraude, en matière d'impôt (L. 1, par. 20, *De quæst.*, D.), etc.

On comprend facilement, en matière d'adultère, le motif de l'exception apportée à la règle générale. Dans la plupart des cas, les seuls témoins seront les esclaves soit du mari, soit de la femme, soit du complice : leur audition pouvait donc éclairer la religion du magistrat. Il eût été, très souvent, impossible de faire la preuve si on n'avait pas admis ce témoignage : « *Quoniam non facile quæ domi geruntur,*

per alienos poterunt confiteri » (Code, L. 8, par. 6, *De repudiis*).

Pour avoir le témoignage des esclaves, il était nécessaire d'empêcher à la femme qui les possédait de les aliéner ou de les affranchir. C'est ce que fit la loi Julia en interdisant toute aliénation ou tout affranchissement de l'esclave, dans les soixante jours qui ont suivi le divorce, lorsque le mari ou le père avait usé de son droit d'accusation. — La prohibition était générale : elle s'étendait aux esclaves qui étaient employés aux champs ou dans les provinces aussi bien qu'à ceux qui étaient attachés au service personnel de la femme. Les esclaves du *paterfamilias*, de la mère ou des ancêtres de cette dernière étaient seulement déclarés inaliénables dans le cas où ils avaient été employés au service de la femme « *mancipia quæ in usum filiarum fuerint tributa.* »

Le sénatus-consulte Turpillien décidait que l'esclave qui aurait été affranchi par la femme ou les parents que nous venons de citer, serait *statuliber*, il n'échappait pas à la torture. Les textes ne nous parlent pas du cas d'aliénation ; il est probable que les droits du nouveau maître étaient suspendus pendant la durée de la poursuite.

— Les mesures édictées par la loi Julia furent rapportées par l'empereur Léon le Philosophe, qui défendit de se servir de la déposition des esclaves.

Disons, pour terminer, que la loi Julia ne visait pas dans les dispositions dont nous nous occupons le cas où le divorce avait lieu *bona gratia* (L. 14, par. 4, D. 40-9°).

CHAPITRE IV.

EFFETS DU DIVORCE.

Dans ce chapitre, nous envisagerons les effets du divorce au point de vue : 1° des époux ; 2° des enfants ; 3° des biens.

I. *Effets quant aux personnes.*

Le divorce rompait le mariage, mais en laissait subsister cependant certains effets. La femme qui, en se mariant, avait pris la condition sociale de son mari, conservait sa qualité. Elle restait *consularis*, *clarissima*, si elle n'épousait pas un homme de condition inférieure (Ulpien, 8 *in fine*, *De senat.*, 1-9) : « *Tamdiu igitur clarissima femina erit, quamdiu senatori nupta erit, vel clarissimo, aut separata ab eo alii inferiori dignitate non nupsit.* » Suivant d'autres textes, le fait seul de contracter une nouvelle union suffisait pour qu'elle encourût cette déchéance (L. 12 pr., D. I, 9; L. 10, C., *De nuptiis*, V, 4).

— Les liens d'affinité étaient rompus entre les époux, entre chaque époux et les parents de l'autre. Les empêchements au mariage, résultant de la qualité d'alliés, survivaient au divorce ; ce n'est même qu'à partir de la disso-

lution du mariage que les empêchements pouvaient avoir effet, puisque la polygamie n'était pas admise à Rome. Ils étaient fondés sur des considérations de morale publique.

Nous avons dit plus haut (page 32) que les lois caduques obligeaient les époux divorcés à contracter un second mariage, et que, faute d'une nouvelle union, ceux-ci étaient soumis aux mêmes déchéances et aux mêmes peines que les célibataires. Ces lois, quoique n'ayant pas été formellement abrogées, n'étaient plus appliquées trois siècles après leur apparition. Constantin les rapporta formellement (L. 1, C. *De inf.*, VIII, 48 et C. *Theod.*, VIII, 16). A partir de cette Constitution, les époux divorcés n'étaient plus obligés de se remarier. Ils eurent toujours la faculté de se réunir même si leur divorce avait été suivi d'un second mariage. Caton d'Utique, qui se maria avec sa deuxième femme, Maria, après qu'Hortensius, son second mari, l'eût répudiée, nous offrent un exemple.

On distinguait cependant suivant que le divorce avait été ou non suivi d'un second mariage; dans ce dernier cas, dit Marcellus, le premier mariage était censé n'avoir pas cessé d'exister (L. 33, D. *De ritu nupt.*, 23-2). Il fallait pourtant qu'il ne se fût pas écoulé un laps de temps trop considérable : « *Plerique opinantur, cum eadem mulier ad eundem virum revertatur, id matrimonium idem esse. Quibus adsentior si non multo tempore interposito reconciliati fuerint : nec inter moras aut illa alii nupserit, aut hic aliam duxerit : maxime si nec dotem vir reddiderit.* »

Nous pensons que Marcellus a seulement voulu nous dire que, dans l'exemple qu'il nous propose, il était inutile de rédiger un nouvel écrit (*tabulæ-instrumentum dotale*). La fin du passage que nous avons reproduit : « *maxime si nec dotem vir reddiderit,* » semble l'indiquer. Peut-être aussi

le jurisconsulte a-t-il songé aux cérémonies extérieures qui, dans la pratique, accompagnaient toujours le mariage, sans avoir néanmoins un caractère obligatoire.

Si les époux qui reprenaient la vie commune avaient, dans l'intervalle, contracté une nouvelle union, rompue par un autre divorce ou toute autre cause, il en était autrement. On ne prenait plus en considération le premier mariage : il fallait procéder à une nouvelle célébration et à la rédaction d'autres *tabulæ*.

Justinien encouragea la réconciliation des époux. Dans sa Novelle 134, chap. II, il ordonne que les époux, mari ou femme, qui divorcent sans motif, seront enfermés dans un monastère, à moins qu'ils ne consentent à reprendre la vie commune.

Le divorce entraînait certaines déchéances ou prohibitions.

Les deux époux se devaient, pendant le mariage, mutuellement fidélité. Si l'un ou l'autre manquait à ce devoir, il se rendait coupable d'adultère. Commis par le mari, ce crime était moins grave que s'il était commis par la femme. L'adultère de celle-ci, en effet, risque d'introduire dans les familles des enfants qui n'ont pas pour père le mari. Les effets civils qui en résultaient étaient identiques dans les deux cas : l'adultère était une juste cause de divorce. — La femme seule⁽¹⁾, au point de vue pénal, pouvait être l'objet de peines pécuniaires et corporelles.

Le mari avait le droit de poursuite contre sa femme et son complice, mais, auparavant, il devait divorcer : « *Crimen adulterii maritum, retenta in matrimonio uxore, inferre non posse, nemini dubium* » (L. 11, C. *Ad leg. Juliam*,

(1) Au moins pendant un certain temps.

IX, 9). Cette loi l'y obligeait même, sous peine d'encourir les peines du *lenocinium* (LL. 2, par. 2; 29 pr., D., 48-5°).

— Sous Justinien, le mari devait accuser, avant de divorcer, la femme et son complice et les convaincre d'adultère. Il avait même la faculté de pardonner. Les tiers partageaient, avec le mari, ce droit de poursuite. Constantin le limita au mari, au père, au frère et à l'oncle paternel ou maternel. Le crime était prescrit vis-à-vis de la femme, six mois à partir du divorce.

Nous avons vu, dans le chapitre précédent, quels étaient les moyens de preuve mis à la disposition du mari : nous n'y reviendrons pas. L'action de ce dernier jouissait de certains privilèges. Pendant les soixante jours qui suivaient le divorce, le mari et le père pouvaient seuls l'intenter. Après ce délai seulement, le *judicium publicum* était accordé aux tiers. En cas de concours entre le mari et le père, l'action du premier primait celle du second. Ceci, avec raison, car l'outrage était beaucoup plus sensible pour le mari (L. 2, par. 8, D. 48, 5). Ajoutons que ni l'un ni l'autre n'avait à redouter les peines de la *calumnia* : « *Qui jure mariti vel patris accusat, potest et sine calumniæ pœna vinci.* » — Il y a bien un autre texte de Scœvola qui dit le contraire : « *Jure mariti qui accusant, calumniæ periculum non evitant.* » Mais on suppose que ce texte a été altéré.

Nous avons dit plus haut que la femme convaincue d'adultère était, suivant les époques, condamnée soit à la relégation perpétuelle, soit (à partir de Justinien) à l'internement dans un monastère. Ces peines indiquent surabondamment qu'elle ne pouvait songer à se remarier. Quiconque l'épouserait serait coupable (L. 29, liv. 1, D. 48.5). Bien plus, la loi ordonne à celui qui a épousé une femme

adultère, avant toute condamnation, de la répudier dès qu'elle est poursuivie et condamnée (liv. 2, par. 13, D.). « Rien n'est plus remarquable que cette loi qui, après avoir chassé la coupable du foyer conjugal, la condamne à un célibat éternel, au milieu d'une société où les mariages se nouent et se dénouent perpétuellement. Cette sévérité ne procède point d'une grande idée morale... Auguste veut relever le mariage discrédité, le rendre honoré et enviable : pour cela, il en ferme l'accès à toutes celles qui ont déjà failli, dont la faute a été solennellement constatée et qui failliraient probablement dans une union nouvelle. Mais cette pécheresse peut se repentir; cela est invraisemblable, et d'ailleurs ce n'est pas dans la Rome antique qu'on hésite à sacrifier l'individu, lorsque c'est la condition d'un grand bien pour la société » (Esmein, *Du divorce. De la manus*, p. 27 et 28).

— Si une femme, après son divorce, pour cause d'adultère, s'était remariée avec celui qui avait été son complice, le mariage devait-il être dissous?

Cette situation pouvait se présenter : les époux divorçaient, pour toute autre cause que l'adultère, puis un jour, le mari apprenait l'infidélité de sa femme et le mariage de cette dernière avec son complice : il voulait rompre cette union. Il lui fallait alors établir l'adultère à l'égard du complice, puis, seulement, poursuivre la femme. Il est probable que c'est là l'hypothèse dont nous entretient Papinien (L. II, par. II, D. 48.5) : « *Licet ei mulier, qui in suspicionem adulterii indicit, nupsisse dicatur : non ante accusari poterit, quam adulter fuerit convictus : alioquin ad hoc vel maxime viri confugierit, volentes bene concordatum sequens matrimonium dirimere, ut dicant, cum adultero mulierem nuptias contraxisse.* »

Il semble résulter de ce texte que le mariage de la femme avec son complice était interdit, et qu'au cas où il aurait été contracté, il serait nul.

En ce qui concerne le mari, l'adultère était simplement une juste cause de divorce que pouvait invoquer la femme.

Nous avons insisté d'une façon toute particulière sur cette cause de divorce qui a été, à Rome, l'objet d'une législation très sévère.

Des peines corporelles et pécuniaires frappaient, en certains cas, les époux divorcés.

D'après la loi de Romulus, le mari qui répudiait sa femme sans motif légitime prévu était voué aux dieux infernaux et frappé de peines pécuniaires. Plus tard, les censeurs l'avaient noté d'infamie. Jusqu'à Constantin, aucune peine corporelle n'était prononcée contre lui. Cet empereur, dont le but était de restreindre le divorce par tous les moyens, décida seulement que le mari qui répudierait sa femme en dehors des cas déterminés ne pourrait se remarier; s'il contractait en dépit de cette prohibition, une nouvelle union, la première femme pouvait s'emparer de la dot de la seconde.

D'après la Constitution de Théodose et d'Honorius, les époux purent, de nouveau, divorcer pour des fautes légères : on distingua trois sortes de divorce :

1° Divorce sans cause légitime. Dans ce cas, le mari perdait la dot et était condamné à un célibat perpétuel. La déportation ne le frappait cependant pas, comme la femme.

2° Divorce *ob mores*. Si le mari était coupable des faits ayant donné lieu au divorce, il rendait la dot et était déchu pendant deux ans du droit de se remarier.

3° Divorce *ob crimen* grave. Si le divorce était fondé

sur un fait grave, imputable à la femme, le mari gardait la dot et pouvait se remarier immédiatement.

Cette Constitution fut modifiée par les mêmes empereurs qui donnèrent une énumération des causes^{*} légitimes de divorce : Le mari qui divorçait sans juste cause restituait la dot, mais conservait le droit de se remarier.

Justinien admit d'abord ces dispositions, puis il les modifia. Dans la Nouvelle 127, chap. 4, il ordonne l'incarcération du mari coupable dans un monastère.

— Les différentes législations se montrèrent plus sévères pour la femme que pour le mari.

A l'époque du droit classique, des peines corporelles étaient seules édictées contre elle. Sous les empereurs chrétiens, la déportation fut la peine de la femme qui avait répudié sans cause : la défense de se remarier découlait de cette peine qui entraînait perte du *jus civitatis*, et, par suite, inaptitude aux *justæ nuptiæ*.

Les empereurs Honorius et Théodose avaient, nous l'avons vu plus haut, établi une distinction entre la répudiation sans cause légitime, entre celle qui était motivée par des faits de peu d'importance, et celle qui était basée sur un *crimen* grave.

Dans le premier cas, la femme était punie de la relégation dans une île. Si le mari était l'auteur du divorce *sine causa*, elle ne pouvait contracter une nouvelle union qu'au bout d'une année.

Dans le second cas (divorce *ob mores*) elle était déchue de la faculté de se remarier.

Dans le troisième cas, cette prohibition ne la frappait que pour une période de cinq ans.

L'empereur Anastase avait rétabli, en 497, le divorce

bonà gratià. La femme, dans ce cas, pouvait se remarier, après l'expiration d'un délai d'un an.

Sous Justinien, la femme qui avait divorcé sans cause était enfermée dans un monastère. Il en était de même si la répudiation avait eu lieu *bonà gratià* pour une cause non prévue.

II. *Effets quant aux enfants.*

Si un enfant naissait après le divorce, la condition de cet enfant variait suivant qu'il était né plus de trois cents jours ou moins de trois cents jours après le divorce. Dans le premier cas, l'enfant n'avait plus aucun lien de filiation avec le mari : il était *spurius* ou *vulgo conceptus* (L. 3, § 2, Dig. 38-16). Le devoir de fidélité avait, en effet, cessé d'exister en même temps que le mariage, et la présomption de paternité n'avait plus sa raison d'être.

— Au contraire, l'enfant né moins de trois cents jours après le divorce était réputé légitime. La conception était supposée antérieure à la dissolution du mariage. Cependant, dans cette hypothèse, la femme devait dénoncer sa grossesse dans le délai de trente jours après le divorce. Ces trente jours étaient des jours continus et non des jours utiles : « *Dies autem triginta continuos accipere debemus ex die divortii, non utiles.* » Cette signification pouvait émaner de la femme ou de son *paterfamilias* ou même d'un mandataire ; elle devait être faite au mari ou à son *paterfamilias*. Cette formalité une fois remplie, le mari avait plusieurs partis à sa disposition : il avait la faculté de reconnaître sa paternité ou de la contester, ou de garder le silence ou d'envoyer des gardiens pour surveiller sa femme.

Dans le cas de contestation d'état, une instance était

engagée, et le juge décidait si l'enfant était légitime ou illégitime.

— Si le mari gardait le silence, il était censé accepter la paternité qu'on lui attribuait : il se reconnaissait tacitement le père de l'enfant conçu et pouvait même être contraint de le reconnaître au moment de sa naissance : « *Si non agnoverit, extra ordinem coerchetur* (Paul, *Sent.* 2, titre 24, par. 5).

Le mari pouvait encore envoyer des gardiens pour surveiller sa femme et empêcher une supposition de part. Si la femme les recevait, l'enfant était réputé issu du mari. Cette présomption n'était cependant pas irréfragable et la filiation pouvait encore être contestée. C'est Ulpien qui nous l'a dit : « *Quemadmodum per contrarium si maritus, uxore denuntiante, custodes miserit, nullum præjudicium sibi faciet; licebit igitur ei partum editum ex se negare, nec ei nocebit quod ventrem custodierit* » (L. 1, D. 25-3°). Une opinion différente est soutenue par certains auteurs, qui se fondent sur un texte de Paul : « *Si mulier, divortio facto, gravidam se sciat intra tricesimum diem viro denuntiare debet vel patri ejus, ut ad ventrem inspiciendum observandum quæ custodes mittant : quo omisso, partum mulieris coguntur agnoscere* » (Paul, *Sent.*, I, II; I, xxiv, §§ 5 et 6; 1, D. 25-3°). Ce texte signifie que quand le mari oublie d'envoyer les gardiens, il est forcé de reconnaître l'enfant; il ne vise pas notre hypothèse : au lieu de « *quo omisso*, » il faudrait, si on avait voulu désigner les gardiens, mettre « *quibus omisis*, » puisqu'en réalité, il y en avait plusieurs.

Le père pouvait donc nier sa paternité si la femme refusait de les recevoir; il en était de même si elle négligeait de faire la signification; si cette signification était tardive, le préteur appréciait s'il devait la considérer comme valable.

Le défaut de dénonciation de la grossesse, par la mère, ne nuisait pas à l'enfant : la présomption d'illégitimité résultant du fait de celle-ci, pouvait être détruite par la preuve contraire.

— Marc-Aurèle prévoyait, dans un rescrit, le cas où la femme prétendait ne pas être enceinte. Si le mari la soupçonnait de mensonge, il pouvait faire procéder à une vérification matérielle du fait. Paul nous explique comment on procédait : cinq sages-femmes étaient chargées de l'examen, et, à la majorité des voix, se prononçaient sur la grossesse ; en cas d'affirmative, un gardien était constitué. La sage-femme qui se serait prêtée à une supposition de part devait être punie de mort. Ces sages-femmes étaient désignées par le préteur.

Si la femme reconnaissait qu'elle était enceinte, c'était beaucoup plus simple : son aveu était suffisant et il n'était pas besoin de la soumettre à un examen.

— Ajoutons, en terminant, que le désaveu du père avait pour effet de faire tomber la présomption légale de paternité « *Pater is est quem nuptiæ demonstrant.* » L'enfant pouvait toujours faire la preuve de sa filiation et établir la paternité du mari.

— Examinons quelle était, après le divorce, la condition des enfants nés pendant le mariage.

Il est bien évident que le divorce n'avait pas pour effet de rompre les liens qui existaient entre les parents et leurs enfants. Les droits qu'avaient ces derniers subsistaient donc dans leur intégrité (droit aux aliments, droits de succession, etc.). Leurs devoirs (devoirs de déférence, obligation de fournir une pension alimentaire) étaient les mêmes. Les droits et les devoirs de chacun des conjoints vis-à-vis des

enfants étaient également maintenus. Le *paterfamilias* pouvait émanciper son enfant : il devait donner son consentement au mariage, au divorce, etc. Quant à la mère, les droits de succession restaient les mêmes ; elle succédait à ses enfants, soit en vertu des *bonorum possessiones unde cognati* ou *unde decem personæ*.

— Nous avons maintenant à rechercher ce que devient, après le divorce, la puissance paternelle, les droits de garde et d'entretien des enfants. Nous distinguerons plusieurs périodes :

Dans une première période, qui va depuis les origines jusqu'à Dioclétien, la garde était toujours confiée au père : la loi n'avait pas cru pouvoir briser les liens qui retenaient l'enfant sous la puissance de son *paterfamilias*. Cette puissance, on le sait, était établie uniquement dans l'intérêt du père, et non pas, comme de nos jours, dans l'intérêt de l'enfant ; il importait peu que le mari eût, par sa faute, provoqué le divorce. Si l'enfant était, pour une raison quelconque, éloigné de la maison paternelle, il pouvait y être ramené. L'enfant se trouvait-il entre les mains d'un tiers qui déniait la qualité du *paterfamilias*, ce dernier avait, pour le réclamer, la *rei vindicatio*, mais seulement *adjecta causa*, c'est-à-dire en indiquant que l'objet de la réclamation était un droit de propriété spécial. « *Ait enim adjecta causa ex lege quiritium vindicari posse* » (L. 1, par. 2, D. VI).

Si le tiers ne déniait pas la qualité du *pater*, celui-ci pouvait user de l'interdit *de liberis exhibendis et ducendis*, qui lui était accordé par le préteur. — Ce droit était, en réalité, exorbitant et pouvait entraîner pour les enfants les conséquences les plus graves. Ceux-ci, en effet, étaient susceptibles de tomber sous la garde d'un père qui s'en

était rendu indigne. C'était également une injustice pour la mère qui se voyait souvent obligée d'abandonner des enfants qu'elle aimait à un époux peu recommandable.

Dans la suite, les droits du père furent restreints. On prit en considération l'intérêt des enfants et les droits de la mère. Antonin le Pieux décida que cette dernière pourrait conserver la garde de ses enfants, à condition qu'elle fût d'une honorabilité notoire. Si le résultat de l'enquête faite sur la moralité des époux était défavorable au père, la garde des enfants était attribuée à la mère. Celle-ci pouvait répondre victorieusement par une exception à l'interdit *de exhibendis liberis* qu'aurait intenté le mari (LL. 1, par. 3 et 3 par. 5, D. 43-30°).

Le père ne perdait cependant pas sur ces enfants enlevés à sa garde les droits de puissance paternelle; jamais, en effet, la femme n'en a été investie.

Nous avons dit plus haut que la femme était autorisée par le rescrit d'Antonin le Pieux à *conserver* la garde de ses enfants : ce qui suppose que, pour une raison quelconque, elle l'avait : nous ignorons la solution qui était adoptée dans le cas où le mari avait les enfants au moment du divorce : aucun texte ne nous indique qu'une action ait été accordée à la femme pour les lui enlever.

— Dans la *seconde période* qui s'étend de Dioclétien à Justinien, la femme est mise sur le pied d'égalité avec le mari. Le juge décide, suivant les circonstances, qui aura la garde des enfants : « *Competens tamen iudex æstimabit, utrum apud patrem, an apud matrem matrimonio separato filii morari, ac nutrirî debeant* » (L. 1, C. V, XXIV).

Troisième période. — Justinien substitua à l'arbitraire du juge des règles qui devaient dicter le choix du magistrat. L'enfant était toujours confié au conjoint innocent. La mère

qui se remariait perdait la garde de ses enfants. Le père devait, même au cas où ceux-ci étaient confiés à la mère, subvenir à leur entretien. Il n'y avait exception que s'il était sans fortune. — Si les deux conjoints étaient coupables, le juge devait confier la garde des enfants à une personne qu'il désignait.

— Il est bien entendu que les différentes règles que nous avons examinées ne s'appliquaient qu'au cas de divorce pour cause déterminée : s'il s'agissait d'un divorce par consentement mutuel, la situation des enfants était réglée à l'amiable, comme le divorce lui-même.

III. *Effets quant aux biens.*

Les effets produits par le divorce sont très importants en ce qui concerne les biens.

Avant d'exposer les modifications qu'il faisait subir au patrimoine des époux, il nous semble utile de dire quelques mots de la dot.

A l'époque du droit romain primitif, la dot, comme aujourd'hui encore, était ce que la femme apporte au mari pour l'aider à subvenir aux charges du ménage; mais cette destination, qui, chez nous, est temporaire et cesse avec le mariage, était perpétuelle à Rome : « *Dotis causa perpetua est* » (L. 1, D. *De jure dotium*, 22. 3). Elle était acquise au mari en toute propriété, sans réserve et sans retour : même en cas de dissolution du mariage par le divorce, elle était conservée par lui. Il pouvait cependant arriver que le constituant stipulât à son profit un droit de retour en prévision de certaines éventualités; elle prenait alors le nom de *dos receptitia*. La femme aurait pu faire semblable stipulation, mais elle s'en

gardait bien, car la règle *dotis causa perpetua est*, donnait pleine satisfaction aux intérêts du mariage. Dans l'ancienne Rome, les seconds mariages étaient presque inconnus. Aussi la femme n'avait-elle pas d'intérêt à se faire rendre une dot qui avait été établie en vue des enfants aussi bien qu'en vue des charges du ménage; ceux-ci étaient dans la famille de leur père et héritiers de leur père; ils ne succédaient pas à leur mère. Si la dot avait fait retour à cette dernière, les enfants auraient été lésés ⁽¹⁾. — Ajoutons que, dans les premiers temps de la République, et pendant fort longtemps, le divorce n'était pas entré dans les mœurs. Sous l'Empire, au contraire, il était devenu le mode ordinaire de dissolution du mariage. Le mariage n'était souvent qu'un honteux trafic; le mari gardait la dot de la femme qu'il répudiait. Aussi, pour faire obstacle aux répudiations excessives, on imposa au mari qui divorcerait l'obligation de restituer la dot. L'intérêt de l'État qui inspirait les lois Julia et Papia Poppea et qui poussait à favoriser les secondes noces exigeait cette réforme : « *Interest Reipublicæ mulieres dotes salvas habere propter quas nubere possunt* (L. 2, D. *De jure dotium*). Avec le changement des mœurs, la dot changea de nature : elle devint une institution d'ordre public ayant la double utilité de pousser au mariage et de détourner du divorce.

Rome était restée pendant longtemps sans législation qui réglât la restitution de la dot : « On rapporte que durant les

(1) Il n'était pas besoin de prévoir le cas où le prédécès du mari mettait fin au mariage. En effet, de deux choses l'une : ou la femme était *in manu*; alors, comme elle succédait à son mari pour une part d'enfant, la dot subvenait à son entretien et à celui des enfants : ou elle n'était pas *in manu* : alors, elle n'avait, il est vrai, aucun droit sur la succession du mari; mais elle conservait ses droits de succession dans sa famille d'origine. De plus, les enfants devaient la nourrir et l'entretenir. D'ailleurs, l'usage était probablement que le mari lui fit un legs en compensation de la dot qu'elle perdait.

cinq premiers siècles de la fondation de Rome, il n'y avait à Rome et dans tout le Latium ni action ni stipulation *rei uxoriæ*, sans doute parce qu'il n'en était pas besoin, les mariages n'étant point alors rompus par les divorces » (Aulugelle, *Nuits attiques*, IV, 3). Le besoin de cette législation se fit donc, nous venons de le voir, sentir à un certain moment; il se fit alors un double mouvement dans la pratique des mariages : à l'époque du mariage, la femme (ou ses parents) stipulait la restitution de la dot; la promesse que faisait le mari s'appelait *cautio rei uxoriæ*. — Quand cette stipulation avait été faite, le constituant et ses héritiers avaient, seuls, qualité pour intenter une action contre le mari : cette action était une *condictio* (Ulpien, *Reg.*, VI-6). — Pareille stipulation pouvait également intervenir, lorsque le constituant était un tiers.

Cette convention devint d'usage : on finit par la suppléer quand les parties l'avaient omise et, ainsi, la restitution conventionnelle se transforma en restitution légale. — Si la femme oubliait de faire cette stipulation, on lui accordait quand même, une action *rei uxoriæ* personnelle qui lui permettait de rentrer en possession de sa dot. Cette action avait pour fondement une obligation née *quasi ex contractu*, obligation ayant une cause licite autre qu'une convention expresse et présentant une très grande analogie avec l'obligation née de la *cautio rei uxoriæ* ⁽¹⁾ (*sic*; Accarias, page

(1) L'action *rei uxoriæ* étant la sanction d'une obligation née *quasi ex contractu*, il en résultait que la femme *in manu* n'avait pas l'exercice de cette action à la dissolution du mariage : en effet, nul ne peut être débiteur, même éventuellement, d'une personne qu'il a sous sa puissance. Sa dot, constituée par le contre-coup de la *conventio in manum* n'est pas restituable, parce qu'il ne peut y avoir d'obligation entre deux personnes appartenant à la même famille. Cicéron nous dit : « *Quum mulier viro in manum convenit, omnia quæ mulieris fuerunt viri fiunt dotis nomine.* » Mais c'est une simple définition de la dot qu'on ne peut opposer à ce que nous venons de dire.

1030 et L. 79 pr., *De jure dot.*, L. 66 pr., *Solutio matrim.*).

Si le mariage était dissous par la mort de la femme, le mari conservait la dot; si, au contraire, le mariage était dissous par le divorce, le mari devait rendre la dot soit profectice, soit adventice. Si la femme était *sui juris*, elle avait, pour la recouvrer, l'action de bonne foi *rei uxoriæ*; si elle était *alieni juris*, cette action appartenait au père, mais ce dernier ne pouvait l'intenter qu'*adjecta filix personæ*; le mari qui aurait restitué la dot à son beau-père à l'insu de sa femme ne serait pas valablement libéré. Cependant, si les époux simulaient le divorce, afin de frustrer le père, celui-ci avait la faculté d'agir seul.

Si la femme mourait après que le divorce était intervenu, l'action ne passait pas à ses héritiers à moins que le mari n'eût déjà été mis en demeure de restituer la dot.

L'action *rei uxoriæ* était exercée contre le mari, sauf dans le cas où celui-ci, au moment de la constitution de dot, était *alieni juris*. L'ascendant qui lui avait donné l'autorisation de recevoir la dot était tenu avec lui *in solidum* par l'action *quod jussu* ou *de peculio*, si le fils avait agi sans son ordre (LL. 7, p. 15; 22, par. 2; 25 pr.; 53, D. 24, 3).

Le juge pouvait, dans le cas où elle était intentée, modifier l'estimation des choses apportées en dot. La formule comprenait les mots « *quod æquius melius.* » — Elle ne se cumulait pas avec l'action qui résultait d'une disposition testamentaire faite à la femme par son mari (édit *De alterutro*).

Lorsque la restitution de la dot avait fait l'objet d'une stipulation spéciale, nous avons dit que la femme avait l'action *ex stipulatu* dont les caractères étaient bien différents : en effet, cette dernière était de droit strict; elle n'empêchait pas la femme de poursuivre le bénéfice de la

disposition testamentaire qui lui aurait été faite par le mari ; elle compétait toujours aux héritiers de la femme ; enfin , le mari ou ses héritiers étaient tenus *ex stipulatu* de rendre l'intégralité de la dot.

Justinien fonda ces deux actions et créa l'action *de dote*, de bonne foi. Elle appartenait à la femme et à ses héritiers. Le mari ne pouvait plus retenir sur la dot que les *impensæ necessariæ* et il avait, pour les *impensæ utiles*, l'action *negotiorum gestorum*.

— Les différentes garanties accordées à la femme pour la restitution de sa dot étaient, à l'époque classique : 1° l'inaliénabilité du fonds dotal ; 2° le *privilegium dotis*, droit de préférence sur les créanciers chirographaires de son mari. Justinien y ajouta : 1° une hypothèque privilégiée : *a*) contre les créanciers hypothécaires au profit desquels le mari avait hypothéqué des meubles dotaux ; *b*) contre les créanciers ayant une hypothèque légale contre le mari, si celui-ci était chargé d'une tutelle ou d'une curatelle ; 2° une action en revendication utile contre ceux sur lesquels elle avait une hypothèque privilégiée, action lui permettant d'obtenir en nature les choses dotales ; 3° une hypothèque légale sur les biens de son mari, qui prenait date au jour du mariage ; 4° une hypothèque privilégiée sur la fortune de son mari, par préférence même aux créanciers hypothécaires antérieurs au mariage : c'était détruire le crédit du mari ; enfin, 5° l'intercession qu'elle pouvait faire au profit de son mari était entachée de nullité absolue.

Après cet exposé rapide, étudions quels étaient, en ce qui concerne la dot, les effets du divorce.

À l'origine de Rome, il ne pouvait être question de restitution de dot ; celle-ci, nous le savons, avait été remise au mari, non pas à titre de dépôt temporaire, mais de propriété

incommutable. Plus tard seulement, après le divorce de Calvilius Ruga, dit Aulu-Gelle, une réaction se produisit : les *cautiones rei uxoriæ* apparurent et le mari fut obligé de restituer la dot. Nous avons vu que, dans le cas d'une promesse formelle de restitution, la dot était réclamée par l'action *ex stipulatu*, et, dans le cas où une stipulation n'était pas intervenue, par l'action *rei uxoriæ*. Nous savons quelles différences existaient entre ces deux actions.

La règle « *impensæ necessariæ ipso jure dotem minuunt* » recevait cependant son application, mais il fallait distinguer : dans les cas où l'action *rei uxoriæ* était intentée, la dot était soumise de plein droit à certaines *retentiones*. Il n'en était pas de même dans le cas où on usait de l'action *ex stipulatu* : cette dernière étant de droit strict, le mari était tenu de rendre l'intégralité de la dot ; mais il est probable que, pour éviter ce résultat, la femme ou ses héritiers ne le poursuivait que déduction faite des différentes causes de retenue, afin d'éviter la *plus-petitio*. On faisait, en un mot, intervenir le *præjudicium quanta dos sit*.

— A quelle époque remontent les *retentiones*?

A l'origine, le caractère large de l'action *rei uxoriæ* permettait aux juges de fixer, d'une façon absolue, la portion de la dot que le mari pouvait conserver. On sentit bientôt les inconvénients de ce système, et nous voyons qu'à partir d'une certaine époque on détermina le *quantum* de la dot qui serait restitué. D'après M. Esmein (*Le délit d'adultère à Rome*, p. 63), une loi fixa le taux des *retentiones*, et cette loi, dit le savant professeur, avait dû être votée à la même époque que la loi Julia *De adulteriis*. M. Esmein fonde son opinion sur ce fait que l'antiquité avait admis pour l'adultère une double répression : répression pénale prononcée par le

tribunal de famille ou l'assemblée du peuple, et une peine pécuniaire, la privation d'une partie de la dot, prononcée par un *judex* dans l'action *de moribus*. Or, la loi nouvelle devait maintenir en la modifiant cette double voie de droit. Elle avait transformé la poursuite publique : il était logique qu'elle réglementât aussi l'action *de moribus*. C'est ce que nous apprend la loi 47, D. 24-3. D'après ce texte, « si quelqu'un prétend même qu'il résulte de la loi qu'en pareil cas le mari ne peut pas intenter l'accusation publique, il faut lui donner raison. » C'est donc, ajoute M. Esmein, qu'une seule et même loi réglait à la fois la *retentio propter mores* et le *crimen adulteri*. Cette loi était la *lex Julia de adulteriis*. Il est à remarquer, en outre, que la loi Julia contenait la prohibition d'aliéner le fonds italique. Ceci dénote que, tout en ayant pour objet l'adultère, elle s'était également occupée du divorce et de ses effets ; elle avait eu, par conséquent, à réglementer la restitution de la dot et avait introduit une réforme que réclamait sans doute l'opinion de ses contemporains (Esmein, *op. cit.*).

Admettons donc, en dépit de l'opinion de quelques auteurs, que c'est à la loi Julia que remontent les *retentiones* : nous allons indiquer en quoi ces *retentiones* apportaient des obstacles sérieux au divorce. Elles pouvaient être réclamées pour cinq causes : *propter liberos*, *propter mores*, *propter impensas*, *propter res donatas*, *propter res amotas* (Ulp., VI, 9).

1° *Retentio propter liberos*. — Elle a lieu quand le divorce est arrivé par la faute de la femme et du père sous la puissance duquel elle se trouvait (Ulpien, VI, p. 10). Le mari sur qui continuent à peser, même après la dissolution du mariage, l'éducation et l'entretien des enfants, conserve une partie de la dot. La *retentio* est de un sixième par tête

d'enfant, sans pouvoir dépasser la moitié de la dot; elle était fondée sur ce principe qu'il ne fallait pas que les enfants pâtissent d'un fait qui ne leur était pas imputable : la proportion fixée par la loi était assez équitable : la femme était punie et les enfants ne se trouvaient pas lésés. Il faut, avons-nous dit, pour qu'il y ait *retentio propter liberos* que le divorce soit arrivé par la faute de la femme ou de celui sous la puissance duquel elle se trouvait : l'époux coupable était, non pas celui qui envoyait le *repudium* mais celui qui, par sa faute, en avait provoqué l'envoi : « *Non ab eo culpa dissociandi matrimonium procedit qui nuntium misit divortii, sed qui dissidit necessitatem induxit* » (Papinien, *Frag. Vaticat.*, 121).

Des conventions pouvaient, d'ailleurs, intervenir, admettant la *retentio*, même si la femme n'avait commis aucune faute : il était même loisible d'en fixer le chiffre à une portion supérieure à un sixième, même à la totalité. Mais, en principe, sauf convention spéciale, elle n'avait d'application qu'au cas de faute de la femme, et si, bien entendu, des enfants étaient issus du mariage. Pas de *retentio* si le mari n'avait pas de charges à supporter ou si l'union avait été dissoute par la faute de celui-ci. En cas de divorce *bona gratia*, il n'y avait pas lieu à retenue, celle-ci étant considérée comme une peine.

Ajoutons, pour terminer, que la *retentio propter liberos* pouvait seulement être exercée par voie d'exception, ce qui signifie que si le mari avait déjà restitué la dot à sa femme, il ne pouvait intenter une action pour obtenir les sixièmes auxquels il avait droit. Notons, en outre, qu'il était nécessaire que la femme ou son *pater* eût fait la demande de restitution de dot par l'action *rei uxoriæ*. Dans l'action *ex stipulatu*, en effet, le juge devait condamner à ce qui avait été promis.

2° *Retentio propter impensas*. — Elle avait pour but d'indemniser le mari des dépenses qu'il avait faites comme administrateur de la dot. Il y a, dit Ulpien, trois sortes de dépenses à considérer : les dépenses nécessaires, utiles et somptuaires.

Les premières sont celles qui ont pour objet de conserver la dot (élévation de digues, remplacement des arbres morts, etc.). Le mari ne les supporte pas, parce qu'il serait en faute de ne les avoir pas faites : elles diminuaient la dot : « *Impensæ necessariæ ipso jure dotem minuunt*. »

Les impenses utiles sont celles qui, sans être indispensables à la conservation de la dot, en augmentent la valeur (Ulpien, VI, 19). Celles-ci ne « diminuent » pas la dot de plein droit, mais le mari avait un recours pour se les faire payer. Si elles avaient été faites avec le consentement de la femme, la retenue était admise; dans le cas contraire, elle ne l'était que si les dépenses n'étaient pas trop onéreuses pour la femme.

Les impenses voluptuaires sont celles qui ajoutent à l'agrément ou à la beauté du fonds : le mari ne peut obliger sa femme à les lui rembourser, même si celle-ci y a consenti. Mais il est de toute justice que la femme souffre l'enlèvement des ouvrages faits par son mari, si cet enlèvement ne cause pas de dégradations.

Nous rappelons que la règle « *Impensæ necessariæ...* » s'appliquait dans l'action *ex stipulatu*, et dans l'action *rei uxoriæ*.

Retentiones propter mores. — Une seule condition était nécessaire pour que cette *retentio* eût lieu : l'inconduite de la femme. L'atteinte aux mœurs pouvait être grave (*mores majores, graviores*, en cas d'adultère, par exemple), ou légère (*mores minores, leviores*). Cette expression comprenait

toutes les fautes autres que l'adultère, l'ivrognerie, etc. (Ulpien, *Frag.*, VI, 12 et 13). Les *mores graviores* donnaient lieu à une rétention d'un sixième; les *mores leviores*, d'un huitième de la dot : « *Morum nomine, graviorum quidem sexta retinetur; leviorum autem, octava. Graviores mores sunt adulteria tantum, leviores omnes reliqui* » (Ulpien). Cette règle nous prouve que du temps d'Ulpien, il n'appartient plus au juge de déterminer l'importance de la restitution à charge du mari.

Cette *retentio* pouvait être exercée par le mari, par voie d'action. Elle était d'ordre public : il était donc impossible de l'exclure, de l'augmenter ou de la diminuer par un pacte (L. 5, D. 23-4°).

Dans le cas d'adultère, une autre voie était encore ouverte au mari. Il avait, sous le nom de *judicium de moribus*, une action destinée à punir l'inconduite de la femme. Ce *judicium* avait bien le caractère d'une poursuite fondée sur l'ordre public, mais il est, néanmoins, une action privée, exercée dans la même forme que les autres actions civiles et aboutissant à une condamnation pécuniaire, au profit de la partie lésée. Il existait à côté de l'action publique ouverte au mari contre la femme. Mais celle-ci pouvait-elle être soumise successivement aux deux actions? En droit romain, il arrivait assez souvent qu'un délit donnât naissance à deux actions pénales : l'une, de droit civil, *pænæ persequendæ gratia*; l'autre, de droit pénal, une *publica accusatio*. Nous en trouvons des exemples dans le concours de l'action *vi bonorum raptorum*, et de la loi Julia *De vi*. Dans notre cas, le cumul, à notre avis, n'est pas possible : il fallait faire un choix. L'action civile tendait, en effet, au même but que l'accusation : au civil, la femme était punie par la rétention d'un sixième de la dot; au criminel, la condamnation pro-

noncée contre elle emportait confiscation de la moitié de cette même dot.

Notre opinion est fondée sur plusieurs textes (L. 11, 3, D. 48-5°). Un beau-père voulait accuser sa bru qui s'était rendue coupable d'adultère; il avait présenté sa demande au président de la province, puis, avant la *nominis receptio*, il s'était ravisé et avait préféré agir au civil, « *Maluit accusatione desistere et lucrum ex dote magis petere*, » ce qui dénote que l'une des deux voies était seule ouverte.

Quand le mari avait négligé d'effectuer la *retentio*, il pouvait, au moyen du *judicium de moribus* (action pénale), obtenir ce qu'il avait restitué en trop. La femme avait, elle aussi, ce *judicium* pour contraindre le mari aux restitutions de fruits qui lui étaient imposées comme peine de ses mœurs.

Le *judicium de moribus* conférait les pouvoirs les plus étendus à l'*arbiter* : celui-ci décidait quel était l'époux coupable, l'importance de la faute commise; il examinait aussi si les torts n'étaient pas imputables aux deux conjoints et s'il n'y avait pas lieu d'appliquer une sorte de compensation. Dans ce cas, aucun d'eux ne pouvait invoquer contre l'autre la loi qu'il avait violée (L. 39, D. *Solut. mar.*).

— Quand même un seul époux serait coupable, si les faits survenus depuis le divorce faisaient supposer une réconciliation, l'action *de moribus* ne pouvait avoir d'application. Tel était, par exemple, le cas où l'époux offensé s'était fiancé, après le divorce, avec l'époux coupable (L. 38, D. 24-3°).

— Les mœurs du mari étaient punies aussi bien que celles de la femme. Ulpien nous dit (*Reg.*, VI, p. 12 et 13), que « dans le cas d'une dot restituable par tiers dans le délai de trois ans, la punition consistait, pour le mari, à la rendre en entier sur-le-champ, si la faute était grave, et par tiers, de six mois en six mois, si la faute était légère. Si la dot était

de sa nature restituable aussitôt après la dissolution du mariage, le mari devait rendre, sur les fruits, la quantité qui correspondait au temps dont la restitution était avancée pour la dot remboursable en trois ans. »

— Ces peines, on le voit, n'étaient pas égales : ainsi, par exemple, dans le cas où la femme devait perdre un sixième ou un huitième de sa dot, le mari ne perdait qu'un an ou deux de revenus.

Retentiones propter res donatas. — Les donations entre époux étaient interdites : « *Inter virum et uxorem donatio non valet nisi certis causis, id est mortis causà, divortii causà, servi manumittendi causà* » (Ulpien, *Reg.*, VII-1°).

Ces donations, d'abord permises, furent, sous l'influence de la coutume, prohibées dans la suite; puis, par une réaction marquée par un sénatus-consulte de l'an 206 ap. J.-C., de nouveau autorisées sous certaines conditions.

Dans la première période, l'usage de la *manus* les rendait impossibles : la femme, d'une part, étant vis-à-vis de son mari *loco filix*, ne pouvait rien lui donner. D'autre part, si le mari avait voulu faire une donation à sa femme, il se serait fait cette donation. A l'époque de la loi Cincia, elles n'étaient cependant pas encore interdites. Il fallait, pour que la prohibition s'appliquât, que la libéralité entre époux eût les caractères d'une donation ordinaire : on faisait exception en faveur des donations pour cause de mort, de divorce, d'exil, etc. Cette législation dura jusqu'à la fin du règne de Septime-Sévère, et fut modifiée par un sénatus-consulte, connu sous le nom d'Oratio Antonini, à cause de la part qu'y prit Caracalla. La libéralité, tout en étant nulle, pouvait cependant être tacitement confirmée par cela seul que le donateur était mort sans l'avoir révoquée et le mariage subsistant encore. Dans le cas de donations prohibées, le mari ou ses

héritiers avaient la faculté de reprendre la chose donnée à la femme par voie de rétention *propter res donatas* : cette *retentio* pouvait s'exercer par voie d'action ⁽¹⁾ ou par voie d'exception (Ulpien, VII, par. 1).

La prohibition des donations entre époux étant d'ordre public, ne pouvait, pendant la durée du mariage, être exclue ou diminuée par aucun pacte (L. 5, 20, D. 23-4°).

Retentio propter res amotas. — Elle avait pour objet le montant des valeurs que la femme avait soustraites au mari, en vue du divorce : *Si mulier divortii causâ res moverit, rerum quoque amotarum actione tenebitur* (Ulp., VII, 2 et VI, 9).

Cette *retentio*, on le voit, s'exerçait même par voie d'action à la dissolution du mariage par le divorce; outre cette *retentio*, le mari avait encore à sa disposition une action *rerum amotarum* : cette dernière était remplacée, pendant le mariage, par une *condictio ex injustâ causâ* (L. 25, D. 13-1°); par une action *de damno in factum*, parce que, d'après une constitution de Dioclétien et de Maximien; il n'était pas permis aux époux, pendant la durée du mariage, d'exercer l'un contre l'autre une action pénale ou infamante. Cependant l'action *rerum amotarum* n'était qu'injurieuse, et nous devons attribuer, probablement, ce défaut d'action criminelle à des raisons de convenance. Au temps où le mariage était accompagné de la *manus*, ce n'était qu'une application du principe en vertu duquel une action ne pouvait naître entre personnes dont l'une est sous la puissance de l'autre (Inst. 4, titre 1, par. 12).

Ajoutons que la *retentio propter res amotas* n'était donnée

(1) Si le donataire avait encore la chose donnée, le donateur pouvait la revendiquer; dans le cas contraire, ce dernier avait à sa disposition une *condictio sine causa* ou *ex injusta causa* (Pellat).

que dans le cas où le détournement avait été commis pendant le mariage par le conjoint qui avait l'intention de divorcer (autrement ce serait un *furtum*).

— Telles sont les observations que nous avons à présenter sur les *retentiones*. Il nous reste, pour être à peu près complet sur la question, à examiner si leur cumul et en particulier celui des *retentiones propter liberos* et *propter mores* est licite?

Occupons-nous d'abord des *retentiones propter liberos* et *propter mores*.

Hugo dit qu'on ne peut les cumuler (*Histoire du droit romain*, p. 929). Il s'appuie sur un passage d'Ulpien : « *Dos quæ semel functa est, amplius fungi non potest, nisi aliud matrimonium sit,* » qu'il traduit : « une dot qui a déjà subi une rétention ne peut être l'objet d'une seconde, si ce n'est à la suite d'un autre mariage. » Ce texte ne signifie pas, évidemment, que le mari ne pourra jamais réclamer deux *retentiones*, mais il ne faut pas que celles-ci paraissent procéder de la même cause — comme les *retentiones propter mores* et *propter liberos*.

Telle n'est pas l'opinion de Cujas, qui prétend que ce texte signifie : « Une dot qui a cessé de l'être ne peut pas le redevenir, si ce n'est pour un nouveau mariage. Le mariage renouvelé, la dot est reconstituée tacitement, à moins qu'elle ne soit réceptice. » On a ainsi un texte absolument étranger à la matière des *retentiones*. Cujas conclut que le cumul est permis, puisque rien ne le défend.

Les deux explications sont bien différentes. — Le sens qui est donné par Hugo à l'expression « *functio dotis* » nous paraît exact. On doit même, à notre avis, considérer comme équivalents les mots « *functio dotis* » et « *retentio*. »

En effet, si ce texte avait la signification que lui attribue Cujas, pourquoi serait-il placé au milieu de la théorie des *retentiones*.

Mais, devons-nous, avec Hugo, dire que ce texte ne vise que les *retentiones propter liberos* et *propter mores*? Nous ne le pensons pas. Ces deux *retentiones* sont, nous l'avons vu, fondées sur des causes bien différentes. La première est la compensation des charges qui résultent pour le mari de l'entretien des enfants : la seconde, au contraire, est fondée sur l'inconduite et les mauvaises mœurs de la femme : elle est, avant tout, une punition pour cette dernière : la *retentio propter liberos* est bien, si on veut, une punition, mais c'est là un résultat fortuit. Ce qui condamne le plus cette doctrine, c'est qu'en fait, elle supprime à peu près la *retentio propter mores*, puisque la *retentio propter liberos* est plus avantageuse. Si on l'admettait, on devrait reconnaître que la *retentio propter mores* n'aurait d'utilité qu'au cas où il n'y aurait pas d'enfants issus du mariage.

— En outre, pourquoi Ulpien n'aurait-il pas eu aussi bien en vue dans ce paragraphe II toute autre rétention.

Peut-être un doute aurait-il pu s'élever si le texte qui nous occupe avait suivi les explications sur les *retentiones propter liberos* et *propter mores*. Mais il est à remarquer que ce paragraphe II vient immédiatement à la suite du texte où Ulpien s'occupe des premières : il y a donc lieu de supposer que le jurisconsulte n'a eu qu'elles en vue.

— Schilling fait une objection grammaticale contre le sens admis par Hugo : il ne croit pas que les deux mots *semel* et *amplius*, qui indiquent toujours deux événements successifs, se réfèrent à deux causes de *retentiones*.

— Nous adopterons le système suivant : Ulpien a employé l'expression *functio dotis*, dans le sens de retenue.

— Il a placé avec intention le paragraphe II après les explications sur les *retentio propter liberos* et ne s'occupe que de celles-ci. Enfin, par *aliud matrimonium*, il a voulu désigner non pas un second mariage de la femme avec son premier mari, mais un mariage avec une autre personne.

— On peut donc expliquer ce texte de la façon suivante : Lorsqu'une dot a acquitté intégralement la *retentio propter liberos*, elle peut ne plus être soumise à moins que la femme ne contracte un second mariage avec un autre que le premier mari. Ainsi, dans le cas où le maximum fixé par la loi a été épuisé, si les époux se réunissent, il n'y aura plus lieu à la *retentio propter liberos* : si, au contraire, la femme s'unit avec un autre que son premier mari et a des enfants de cette nouvelle union, le second mari pourra demander la *retentio propter liberos*. Celle-ci, en effet, sera exercée au profit d'une famille différente.

En résumé, Ulpien nous faisant mention des différentes *retentiones* les réunit par la conjonction *aut* : « *Retentiones ex dote fiunt, aut propter liberos, aut propter mores, etc.* » Il est universellement admis que les trois autres (*retentiones propter impensas, propter res donatas, propter res amotas*) peuvent se cumuler. Une difficulté existait seulement en ce qui concerne les deux autres. Nous avons essayé de démontrer que le jurisconsulte n'a pas visé leur cumul dans le paragraphe 11 et que ce texte s'appliquait exclusivement à la *retentio propter liberos*. Dès lors, pourquoi supposer que leur cumul avec les autres *retentiones* est impossible? Ulpien nous l'aurait dit s'il y avait eu prohibition (Pellat, p. 25, texte sur la dot).

— Nous avons vu, au cours de cette étude que les *retentiones propter liberos* et *propter impensas* s'exerçaient seu-

lement par voie d'exception et que les autres pouvaient, au contraire, être exercées par voie d'action. Il est assez difficile de déterminer les raisons de cette différence : on les trouve cependant, croyons-nous, dans les droits de la femme.

A partir du moment où celle-ci eut la faculté de répudier son mari, il fut nécessaire de lui accorder certains droits contre ce dernier : le mari avait pu détourner une partie de la dot, il avait pu se rendre coupable d'adultère. Or les *retentiones* supposent qu'on a des biens à restituer et qu'on opère une retenue sur ces biens : cette voie de rétention n'était donc pas à la disposition de la femme et on dut lui donner une action : peut-être est-ce à la coutume qu'on doit l'extension au mari de l'action donnée à la femme ? Il n'y avait d'ailleurs pas d'inconvénient à ce que cette faveur lui fût accordée.

Tel est le droit jusqu'à Antonin : En 331, cet empereur réduisit à trois les causes du divorce. Il n'osa pas frapper de nullité le divorce accompli en dehors des causes légales, mais il porta contre ceux qui divorçaient sans motif légitime des peines sévères qui, dépassant de beaucoup celles qui résultaient des *retentiones*, abrogèrent virtuellement ces dernières.

Trois cas sont prévus par les empereurs :

1° *Divorce envoyé sans motif*. — Dans ce cas, la femme perdait sa dot, la donation antenuptiale et ne pouvait se remarier. Le mari, qui divorçait sans motif, était frappé des mêmes peines.

2° *Divorce OB MORES*. — Pour la femme, perte de la dot, de la donation antenuptiale, défense de se remarier. Le mari coupable perdait sa dot, la donation antenuptiale, et était, pendant deux ans, incapable de se remarier.

3° *Divorce* OB *CRIMEN grave*. — La femme coupable pouvait être chassée par son mari qui gardait la dot, la donation antenuptiale, mais elle avait le droit de se remarier immédiatement. Si le mari avait commis un *crimen grave*, la femme reprenait sa dot, bénéficiait de la donation antenuptiale, mais devait rester veuve pendant cinq ans.

— Cette législation ne mentionne donc plus les *retentiones* : elle fut modifiée par Théodose le Jeune et Valentinien, qui rétablirent l'ancien droit.

Dix ans plus tard, les mêmes empereurs publièrent, sous l'influence des idées chrétiennes, une Constitution qui forme au Code la loi 8. Le divorce était de nouveau soumis à des règles sévères.

La femme avait-elle fondé sa répudiation sur des causes légitimes? elle reprenait sa dot, la donation antenuptiale, mais ne pouvait se remarier pendant cinq ans : si elle ne tenait pas compte de cette dernière prohibition, son second mariage était annulé, et, de plus, elle était notée d'infamie.

Le mari qui avait invoqué des motifs légitimes de divorce gardait la dot de sa femme coupable et la donation antenuptiale. Dans le cas contraire, il restituait la dot et cette donation. Il pouvait, dans l'un et l'autre cas, se remarier immédiatement.

— Nous arrivons à Justinien qui mit aussi la main à cette législation tant de fois modifiée. La loi 8 du Code Théodosien laissait presque sans châtiment le mariage contracté sans dot. Justinien décida (L. 11, p. 1, C. *De repudiis*, et Nov. 22, c. 18) que l'époux coupable verserait à son conjoint cent livres d'or si sa fortune dépassait quatre cents livres. Si sa fortune était inférieure à cette somme, il en donnait le quart.

D'après la loi 8, p. 7, si les époux divorcés avaient des enfants, les bénéfices que le divorce faisait acquérir à l'un des époux devaient être conservés par lui et remis aux enfants au jour de son décès. Il était interdit d'hypothéquer ou de vendre les biens (Nov. 2). Cette Novelle, modifiée par la Novelle 22, chap. 20, qui autorisait leur aliénation par vente ou par hypothèque, fut remise en vigueur peu de temps après.

Les *retentiones*, grâce à ces changements, devenaient inutiles : les *retentiones propter liberos*, dit Justinien, parce que l'affection des parents est une garantie suffisante des soins qu'ils prendront de leurs enfants ; les *retentiones propter mores*, parce que l'époux outragé avait à sa disposition d'autres moyens. Elles furent donc supprimées (L. unique, 5, C. 5-13°). Le *judicium de moribus* n'avait plus, de son côté, aucun objet, puisqu'on ne pouvait divorcer que pour cause déterminée. Justinien l'abrogea (L. 11, C. p. 2).

Il nous reste, pour terminer notre étude, à exposer par quelles peines les Nouvelles punissaient le divorce injuste.

D'après la Novelle 117, les peines variaient suivant qu'il existait, ou non, des enfants. Dans le cas où des enfants étaient issus du mariage, l'époux outragé ne gagnait que l'usufruit de ce que perdait son conjoint : dans le second cas, il en avait la pleine propriété.

Nous avons vu qu'à partir de Justinien, la femme coupable était enfermée dans un monastère. Sa fortune revenait aux enfants, moins un tiers qui était attribué au couvent.

La Novelle 134 aggrava encore les peines du divorce injuste en modifiant le chiffre de la somme qu'acquerrait le monastère et en décidant que le mari pourrait être enfermé aussi bien que la femme.

En cas d'adultère de la femme, le mari, outre la dot, prélevait sur le reste des biens de la femme une somme égale au tiers de cette dot (Nov. 118, chap. 8, *in fine*).

Le mari qui avait accusé la femme d'adultère et n'avait pu faire la preuve de ce crime était condamné non seulement à perdre la donation antenuptiale, mais encore à verser à la femme une somme égale au tiers de cette donation : cette somme était prise sur ses biens propres.

Il nous semble utile, pour exposer complètement les effets du divorce sur les biens, d'examiner une question que nous avons seulement esquissée plus haut.

Quel est le sort des donations ou des libéralités testamentaires que se sont faites ou que peuvent se faire les époux.

Le divorce a pour effet de les rendre définitivement nulles. On sait qu'elles étaient (au moins à une certaine époque) interdites en principe, mais qu'elles pouvaient avoir effet si le donateur mourait dans la même volonté et le mariage subsistant. — Comme le divorce avait pour effet de rompre le mariage, la question était tranchée : la donation restait nulle : « *Perinde enim id quod donatum est habetur divortio intercedente, ac si donatum non fuisset* » (L. 62, par. 1, D. 24-1°).

Au contraire, les donations faites après le divorce restaient valables, puisqu'elles n'étaient plus intervenues entre époux. — Il faut supposer, bien entendu, pour se poser cette dernière question, que le divorce avait été accompli conformément aux prescriptions de la loi Julia, et qu'il avait eu lieu *bona gratia*, sans haine entre les époux.

— Les libéralités faites *mortis causa* étaient annulées, au cas de divorce. Le donateur était, dans cette hypothèse, censé avoir révoqué la donation par suite de son mauvais

accord avec son conjoint. — Il fallait, d'ailleurs, qu'un divorce véritable fût intervenu; s'il y avait eu une simple brouille (*fribusculum iugium*) entre les époux, ou si ceux-ci avaient habité longtemps séparés l'un de l'autre, sans rompre le lien du mariage, le prédécès du donateur pouvait rendre valable la libéralité (L. 32, par. 12 et 13).



DROIT FRANÇAIS

É T U D E

SUR

LE MINISTÈRE PUBLIC

EN FRANCE

APERÇU HISTORIQUE SUR LE MINISTÈRE PUBLIC

CARACTÈRES GÉNÉRAUX

INDÉPENDANCE AU POINT DE VUE

DE L'EXERCICE ET DE LA MISE EN MOUVEMENT DE L'ACTION PUBLIQUE

RESTRICTIONS APPORTÉES A CETTE INDÉPENDANCE

LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES

DROIT FRANÇAIS.

ÉTUDE

SUR

LE MINISTÈRE PUBLIC EN FRANCE.

CHAPITRE I.

ORIGINES HISTORIQUES.

L'institution du Ministère public existe aujourd'hui dans presque tous les États européens : il n'en a pas toujours été ainsi. Il nous paraît intéressant, de rechercher, au début de cette étude quelle est l'origine de cette institution : nous verrons ensuite quelle est son histoire.

« L'action pénale étant la nécessité juridique qui s'impose à l'État de poursuivre le délit, pour obtenir la punition du coupable, a deux caractères essentiels : 1° d'être une action sociale ou publique ; 2° d'être une conséquence nécessaire et irrévocable de tout délit. Ces deux caractères résultant d'un seul et même principe, à savoir, que l'État, en vertu

du droit qui lui incombe de pourvoir à la défense sociale, dès que le délit apparaît, doit poursuivre la punition de celui qui est présumé en être l'auteur. De là l'institution du Ministère public dont l'origine n'est ni germanique, ni romaine, mais purement française, et qui a pour mission principale de rechercher et de poursuivre les infractions à la loi pénale. »

De ce passage que nous empruntons à l'ouvrage de M. Garraud ⁽¹⁾, nous retiendrons seulement ceci, dans cette partie de notre travail : l'institution du Ministère public n'est pas un legs du droit romain ou du droit germanique : elle a une origine toute française.

Certains auteurs, cependant, ont assimilé nos officiers du Ministère public, soit aux *quæstores parricidii*, soit aux *procuratores Cesaris*, soit aux *defensores civitatis*, des Romains. Voyons si cette comparaison est exacte.

L'origine des *quæstores* remonte à la loi des XII Tables : ils avaient pour mission de constater et de poursuivre tous les crimes désignés sous le nom générique de parricides, c'est-à-dire tous les homicides. Le peuple se réservait le soin de juger les crimes publics. Il délégua la connaissance des crimes privés à des *quæsitores* ou commissaires, spécialement désignés pour l'instruction et le jugement de chaque affaire : « *Constituebantur quæstores parricidii quasi quæsitores judices que eorum qui cives occidissent.* » Cette manière de procéder dut bientôt, à raison de l'accroissement du nombre de causes, recevoir une importante modification. On établit quatre tribunaux permanents qu'on chargea, l'un de l'examen des crimes de lèse-majesté, l'autre des crimes de brigue, l'autre des crimes de péculat, l'autre du crime de concussion. Sylla en augmenta encore

(1) Garraud, *Précis de droit criminel*.

le nombre. Chacun de ces tribunaux était présidé par un questeur dont le rôle se bornait à examiner les accusations, à vérifier si elles rentraient dans le cercle de sa compétence, à dénier ou à accorder l'action, suivant les cas. Ce questeur choisissait les juges, formait le tribunal, présidait, le plus souvent, les débats et prononçait le jugement.

L'accusation publique était confiée à tous les citoyens; celui qui accusait devait adresser au *quæstor* la *postulatio* et procédait à la *nominis delatio*. — Cette *nominis delatio* était une déclaration faite suivant une certaine formule et dans laquelle l'accusateur indiquait le nom de l'accusé, les faits qu'il lui imputait et la loi qui les punissait. « *Libellorum inscriptionis conceptio talis est : apud illum præto-rem vel proconsulem Lucius Titius professus est se Mæviam lege Julia de adulteriis ream deferre, quod dicat eam cum Seio, in civitate illa damno illius, mense illo, consulibus illis, adulterium commississe.* »

Les moyens d'information étaient l'enquête et la torture. L'accusateur et l'accusé faisaient entendre leurs témoins.

Jamais le *quæstor* n'agissait d'office en matière criminelle, et il nous semble impossible d'argumenter de la loi 7, par. 1, XVI et de la loi 22, titre 18, livre 48, pour adopter une opinion contraire.

Que nous dit la loi 7 : « *Si stellionatum quis objecerit vel expilatæ hereditatis crimen et destitit, pœnam senatus consulti Tertulliani non subibit : nec si furti, vel injuriarum sed officio judicis culpa ejus coercebitur.* » Ce texte indique bien qu'un citoyen, après avoir accusé quelqu'un de stellionat ou de spoliation d'hérédité, peut se désister sans encourir de châtement; mais que celui qui aura fait l'objet de l'accusation sera puni par le juge. C'est là tout le sens de ce texte. Rien ne dénote que le magistrat agit d'of-

fice : le prévenu a, en effet, été conduit devant lui après avoir été accusé par un citoyen.

La loi 22 a également servi de base au système qui donne au questeur le droit de poursuivre d'office. D'après ce texte : « *Qui sine accusatoribus in custodiam recepti sunt, quæstio de his habenda non est nisi aliquibus suspicionibus urgeantur.* » On a conclu qu'on pouvait être prévenu sans avoir été accusé : c'est donner à ce passage un sens qu'il n'a pas. Ce texte semble s'appliquer à un usage qu'avait adopté le Sénat. Quelquefois cette assemblée ordonnait aux magistrats de poursuivre d'office certains coupables qui n'avaient pas été l'objet d'une accusation. — M. Laboulaye ⁽¹⁾ nous cite l'exemple de César qui, au cours de sa préture, accusa Catulus d'avoir soustrait les fonds destinés à la reconstruction du Capitole. Mais ce n'est qu'une exception sur laquelle on ne peut se fonder pour reconnaître au questeur, d'une manière générale, le droit de poursuivre d'office.

Ce système, qui assimile les questeurs romains aux officiers du Ministère public des États modernes, nous semble donc devoir être écarté. Nous ne voyons, en effet, chez ces magistrats dont le rôle était purement passif, au début de l'instance, aucun caractère commun avec nos procureurs qui ont pour mission de rechercher les coupables, de les poursuivre d'office, sans attendre une dénonciation quelconque, et de les mettre, au besoin, en état d'arrestation. Il est, tout au plus, possible de les comparer à nos présidents d'assises.

D'autres auteurs ont prétendu qu'il avait existé, chez les Romains, une magistrature impériale présentant une certaine analogie avec la magistrature de nos parquets : nous

(1) *Essai sur les lois criminelles des Romains.*

voulons parler des *procuratores Cesaris*. Ceux-ci étaient chargés de veiller à la conservation du patrimoine des empereurs. Ils n'agissaient pas au nom de la société. C'étaient de simples intendants ⁽¹⁾, des agents d'affaires, qui recueillaient les revenus, percevaient les impôts. Jamais ils n'eurent aucun pouvoir pour juger les criminels, et c'est avec raison que l'on a dit : « de comparer les procureurs généraux du roy ou ceux qui sont établis spécialement aux provinces et sièges royaux à ceux qui *dicebantur procuratores Cesaris, procuratores fisci*, y a peu d'apparence ⁽²⁾. »

On a aussi été tenté de voir dans les *defensores civitatum* les prédécesseurs des magistrats du Ministère public. Créés par une Constitution des empereurs Valens et Valentinien, ces magistrats étaient élus pour cinq ans, par une assemblée composée de l'évêque, des curiaux et des personnes distinguées de la cité. Ils avaient pour mission de protéger les gens de condition inférieure et d'en défendre les intérêts. Ils recherchaient les coupables, les amenaient devant le juge, mais ils cessaient toute fonction dès que le tribunal était saisi, et ils n'avaient, par conséquent, aucune des attributions judiciaires du Ministère public.

Nous ne trouvons donc pas dans l'histoire de Rome les premiers vestiges de l'institution du Parquet.

Le droit romain s'était introduit par la conquête dans une partie des Gaules. Lorsqu'au v^e siècle, la société romaine succomba sous les invasions des Barbares, il disparut en partie devant les coutumes de ces peuples nouveaux. Mais ces peuples avaient des lois trop peu perfectionnées pour qu'on pût espérer trouver chez eux, mieux qu'à Rome, les traces d'une institution civilisatrice. Le principe qui domi-

(1) Garsonnet.

(2) B. Bresson, *Code du roi Henri troisième*.

nait à cette époque était celui de la vengeance privée. La répression des délits se faisait par la voie des armes : l'offensé déclarait la guerre à l'offenseur : les deux familles y prenaient part. On n'essayait même pas de couvrir sa vengeance d'une sorte de caractère légal en la faisant consacrer par un tribunal : on se faisait justice soi-même. On avait admis, en outre, que la vengeance pouvait se racheter et les lois barbares déterminaient la somme à payer pour chaque délit, en tenant compte de la qualité de l'homme, de la gravité de la blessure. C'est ce qu'on appelle le système des compositions.

La procédure, devant les tribunaux, était accusatoire, c'est-à-dire qu'il appartenait à la partie lésée seule ou à ses parents de poursuivre le coupable. Le juge n'agissait d'office qu'exceptionnellement, pour les crimes d'une gravité particulière, tels que les crimes contre l'État, contre les chefs. Le chef de chaque justice avait quelquefois cependant les mêmes droits que les parties ; il pouvait, comme elles et d'office, soit assigner les accusés devant les rachimbourgs, soit les saisir dans le cas de flagrant délit. Ce droit du juge ne résulte toutefois que de quelques textes assez obscurs, parmi lesquels nous citerons un manuscrit de la loi Salique : « *Si homo inter duas villas proximas sibi vicinas fuerit interceptus, sic debet iudex, hoc est, comes aut grafio, ad locum accedere et ibi cornu sonare debet..... et debet iudex nuntiare. Homo iste in vestro agro est occisus; contestor ut usque septem noctes non reponatur, et de homicidium istud vos ad mallum ut in mallo proximo veniatis.* » Il y a aussi un décret de Childebert, de 595, et un capitulaire de Charlemagne, de 789, qui ordonnent la poursuite en vertu de l'autorité royale.

Le tribunal ordinaire était le *mallum*, ainsi nommé parce

qu'il tenait ses audiences sur un lieu élevé (*mallberg* ou *mallobergium*, montagne du jugement). Dans une sphère supérieure étaient placées deux juridictions : le *placitum palatii*, présidé par le roi, et le *placitum generale Francorum* ou assemblée générale des Francs, qui connaissait des accusations politiques les plus graves.

Les modes de preuve étaient l'aveu, la preuve testimoniale, le serment, les épreuves et le duel judiciaire.

— On a encore vu dans les Saïons (chez les Goths) ou Graffions (chez les Francs) des fonctionnaires ayant quelque analogie avec les membres de notre Ministère public. Ils étaient chargés de recouvrer les amendes et ils durent ainsi être conduits à prendre quelquefois l'initiative des poursuites. En effet, une partie des compositions était attribuée au fisc, sous le titre de *fredum*. Les dépositaires de l'autorité publique qui percevaient ces *freda*, pour le fisc ou pour leur propre compte, quand les rois les leur avaient attribué, avaient intérêt à poursuivre. De simples défenseurs du fisc, Charlemagne en fit les conservateurs de la loi et les protecteurs de l'opprimé. C'est ce que nous lisons dans les « *Origines de l'ancien gouvernement de la France, de l'Allemagne et de l'Italie.* » « Le Saïon devait se rendre partie contre les violateurs des lois : il contraignait ceux qu'une sommation juridique n'amenait point devant le juge : il usait d'adresse pour les y forcer. Il ne devait pas craindre de se rendre odieux, pourvu qu'il devînt redoutable aux méchants : il était l'exécuteur des sentences rendues par le juge près duquel il occupait. Il était le protecteur des possesseurs contre les brigands qu'il forçait à comparaître en justice pour s'y voir condamner à la restitution et à une amende convenable, et il tenait ensuite la main à ce que la partie publique et la partie civile fussent pleinement

satisfaites. Mais il devait surtout donner des soins à une exaction fidèle des deniers publics. Comme les Saïons étaient les hommes du roi et de l'État, aussi bien que ceux du peuple, les intérêts de l'un et l'autre leur étaient également confiés. »

Mais, après la mort de Charlemagne, les mœurs barbares reprirent le dessus. L'autorité royale fut dans l'impuissance de protéger les petits contre les grands, et cette institution des Saïons qui est, en réalité, celle qui a eu la plus grande analogie avec notre Ministère public, finit par disparaître. Les magistratures devinrent indépendantes et héréditaires. On vit des femmes, possesseurs de fiefs, rendre la justice qui n'était plus que l'apanage d'un titre.

La justice a donc fait fort peu de progrès sous les rois de la première et de la deuxième race; dans toute cette période la forme de la poursuite fut presque exclusivement accusatoire et l'accusation n'appartint qu'aux parties lésées. « L'action fut à cette époque essentiellement privée; l'intérêt public de la répression des crimes n'était qu'un intérêt secondaire et accessoire. La justice était satisfaite aussitôt que les intérêts lésés avaient obtenu la satisfaction qu'ils réclamaient ⁽¹⁾. » On trouve bien, il est vrai, quelques traces de l'intervention de l'autorité publique dans les poursuites criminelles. Certains attentats qui troublaient l'ordre public, tels que l'incendie, le rapt et étaient punis du *bannum*, amende au profit du roi, mais c'était l'exception.

Au XII^e siècle, les justices seigneuriales, comme les *placita* des comtes n'étaient, en général, saisies que par l'accusation des parties. Cependant le crime pouvait être « vengé par l'office du juge et sans l'intervention d'aucune

(1) F. Hélie, *Instruction criminelle*, p. 58.

partie poursuivante, lorsqu'il était flagrant et notoire. » Le demandeur, dans ce cas, ne se portait pas partie, il se bornait à dénoncer le crime au juge : « Sire, je voz dénonce que Jehan a fet tel fet qui appartient à vos à vengier comme à bonne justice ⁽¹⁾. » Dans le cas où le fait n'était pas notoire, le juge pouvait seulement, s'il existait de graves présomptions, garder l'accusé provisoirement en prison ⁽²⁾.

Dans les justices d'église, il était de principe que nul ne pouvait être poursuivi sans un accusateur « légitime et idoine, » et les restrictions qu'entraînaient ces deux conditions étaient nombreuses. Ainsi, par exemple, les laïcs n'étaient généralement pas admis à accuser les clercs et ces derniers n'avaient pas le droit d'accuser ceux des ordres plus élevés. L'accusation privée, seule, avait donc, en réalité, quelque efficacité. A partir du ^{xii}^e siècle, cette procédure se modifia. Innocent III admit, à côté de l'accusation publique et privée, la dénonciation : « *Tribus modis procedi potest : per accusationem, per denuntiationem et per inquisitionem.* » Ce dernier mode de procéder substitua à la poursuite des parties, la poursuite d'office, et à l'instruction publique, l'instruction secrète. Cette modification a certainement contribué à l'institution du Ministère public. La nécessité d'un magistrat chargé de diriger la justice, de fournir les éléments nécessaires à la poursuite et de prendre des conclusions d'après les résultats de l'information allait se faire sentir.

Au ^{xiii}^e siècle cependant, cette institution du Ministère public n'existait pas encore : on n'en voit aucune trace dans les monuments historiques. Beaumanoir écrivait, à cette

(1) Beaumanoir.

(2) Beaumanoir.

époque, qu'on ne pouvait condamner sans accusateur et que si personne ne se présentait, après que le bailli avait fait publier « pendant trois quinzaines en prevoté et après trois assizes dont chacune contiegne quarante jours au moins » le titre de l'accusation et le nom de l'accusé, on était obligé de remettre en liberté ce dernier. Exception toutefois quand le crime était apert et notoire; le juge pouvait alors poursuivre d'office. « Mais si la poursuite d'office a pu conduire à l'idée du Ministère public, elle ne réalisait nullement cette idée. Cette poursuite n'avait qu'un seul objet : elle supprimait dans la procédure les formes de l'accusation; elle se passait d'un accusateur qu'elle ne trouvait pas, mais elle ne mettait rien à sa place » (F. Hélie, I, page 460).

Nous touchons cependant au moment où nous allons voir apparaître pour la première fois le procureur du roi.

L'origine de ce magistrat est liée d'une façon très étroite à notre politique nationale. A mesure que le domaine royal se développait par l'adjonction de nouvelles provinces à la Couronne, le pouvoir du roi de France s'étendait au milieu de la société féodale aux dépens des attributions des seigneurs. A partir du ^{xiii}^e siècle, l'impulsion était donnée et la royauté s'acheminait par degrés vers ce pouvoir centralisateur qui caractérise la monarchie de Louis XIV et de Louis XV. Au point de vue des juridictions, c'est par les cas royaux, par l'appel, par le droit de prévention, par le droit de bourgeoisie royale et d'autres moyens encore que s'étendait sans cesse le domaine de l'autorité royale.

Que faut-il entendre par cas royaux? Philippe-Auguste avait prescrit à ses baillis de connaître : « des causes du dehors qui regardent le roi » (ordonnance de 1190). Ces causes furent appelées les cas royaux. Elles se limitaient

d'abord aux crimes portant atteinte soit à la personne du roi, soit à la sûreté de l'État. Mais bientôt les baillis avaient cherché à les étendre, ils prétendaient que tous les délits concernant la tranquillité publique, l'exécution des lois, le respect dû à la religion étaient de la compétence des juridictions royales, le roi ayant la garde du royaume. Cette théorie qui apparaît dans des ordonnances de 1315, de 1371, alarma les seigneurs qui demandèrent qu'au moins on précisât les cas royaux. Mais la royauté se garda bien de faire droit à leur requête et donna des réponses vagues qui permirent aux baillis de continuer leur œuvre. On finit par étendre aux affaires civiles la théorie des cas royaux.

— Partant du même principe « que la royauté avait pour mission essentielle de maintenir l'ordre en France, » les baillis soutenaient qu'ils avaient le droit de connaître de toutes les affaires que les juridictions seigneuriales mettaient du retard à juger. Un délit était-il commis; s'ils en avaient connaissance les premiers, ils se hâtaient de statuer, de « prévenir » le seigneur. C'était, dit M. Esmein, une course de vitesse.

— Un autre moyen employé pour supprimer l'indépendance des juridictions seigneuriales fut l'institution de l'appel.

Le duel judiciaire avait été primitivement le seul recours possible contre les jugements qu'on prétendait injustes. On admit au ^{xiii}^e siècle, d'abord au profit des roturiers qui ne pouvaient se battre contre les seigneurs, puis, plus tard, même en matière féodale, le droit de s'adresser au tribunal supérieur et de démontrer, en employant les modes de preuve ordinaires (serment, etc.), que ce juge s'était trompé. Ce mode de recours fut le seul admis après que Louis IX eût défendu le duel judiciaire (1260). On appelait du prévôt au bailli et du bailli au Parlement.

L'exemple donné par saint Louis dans son domaine fut suivi dans beaucoup de justices féodales. Les baillis s'efforcèrent de faire admettre cette théorie que le roi étant le gardien des coutumes du royaume, le Parlement, qui était son émanation, pouvait connaître des décisions des seigneurs, après que les plaideurs avaient épuisé tous les degrés de la juridiction seigneuriale. Ils ne se contentèrent pas d'obtenir ce premier résultat, et ils demandèrent bientôt qu'avant d'être déférées au Parlement, les causes fussent soumises à leur tribunal : ils finirent par triompher de la résistance que les seigneurs opposèrent d'abord à cette prétention.

Lorsqu'il n'y eut plus aucun ménagement à garder vis à vis de ces derniers, on admit qu'une simple déclaration suffisait pour être bourgeois du roi : tout individu, bien qu'habitant sur les terres du seigneur, pouvait ainsi se soustraire à la juridiction de celui-ci, en toute matière personnelle, et ne relever que de la juridiction du roi, excepté dans le cas où il était pris en flagrant délit de crime.

La victoire restait donc à la royauté dans sa lutte contre les seigneurs. Ses plus sérieux auxiliaires avaient été les légistes : c'étaient eux qui avaient porté les coups les plus décisifs.

Nous sommes ainsi amenés à dire quelques mots de ces « gens du roi, » dont le rôle a été si important.

Le roi avait pour le représenter, dans ses domaines, des officiers appelés prévôts qui avaient des attributions judiciaires, administratives et financières. Ils percevaient les revenus domaniaux, administraient les villes de bourgeoisie et jugeaient les contestations étrangères aux principes de la féodalité sous la surveillance d'un officier de la Couronne

nommé sénéchal. La royauté craignant que les prévôts ne cherchent à se rendre indépendants, créa une classe de magistrats destinés à les surveiller et qu'on appela baillis royaux ou grands baillis (par opposition aux baillis *minores* qui n'étaient que de simples prévôts). Leur institution est due à Philippe-Auguste. Ces baillis royaux avaient des attributions militaires et financières, mais surtout judiciaires. Sortes de *missi dominici*, ils étaient chargés de parcourir leurs circonscriptions et de tenir une fois par mois des assises dans lesquelles ils recevaient des plaintes contre les prévôts : ils jugeaient sur appel les contestations déjà portées devant ces derniers, statuaient sur les dénis de justice et jugeaient directement les cas royaux. Ils prirent rapidement une importance considérable : d'abord choisis dans la noblesse, ils furent bientôt recrutés presque exclusivement parmi les légistes ; nous avons vu quelles prétentions exorbitantes ils émirent contre les seigneurs et à qui resta, en définitive, la victoire. « On peut affirmer, dit M. Faustin Hélie, que la juridiction des baillis et des sénéchaux ne se constitua qu'au moyen d'une perpétuelle usurpation sur les justices ordinaires. Leur administration ne fut qu'une longue lutte ouverte contre ces justices et dans laquelle, soutenus par l'autorité royale qu'ils servaient, ils furent toujours victorieux. La plupart sortis des cours de Parlement, ils n'y rentraient que chargés des dépouilles qu'ils avaient enlevées aux juridictions féodales » (F. Hélie, p. 485).

Néanmoins, ces baillis et sénéchaux, bien que qualifiés « gens du roi, » n'étaient pas des magistrats du Ministère public. Jusqu'au moment où les tribunaux devinrent permanents, les fonctions de juges et d'accusateurs étaient réunies entre leurs mains. Ce n'est qu'en 1302, à l'époque où Philippe le Bel organisa les Parlements, que nous ren-

controns cette institution du Ministère public avec quelques-uns des caractères qu'elle a encore aujourd'hui. Depuis longtemps, il est vrai, les rois, comme les seigneurs, avaient le droit qui, en général, était refusé aux autres personnes de se faire représenter en justice. Ils chargeaient devant les juridictions importantes, soit le bailli, soit un *procurator*, du soin de leurs intérêts : mais ces mandataires n'avaient aucun caractère public. Au commencement du *xiv^e* siècle seulement, les procureurs du roi devinrent de véritables fonctionnaires publics, chargés de poursuivre les crimes et délits, de soutenir les intérêts de l'État.

Voici comment s'exprime, à cet égard, M. Pardessus dans son *Étude historique sur l'organisation judiciaire* : « On trouve certainement le nom de gens du roi dans un grand nombre de lois de cette époque, mais longtemps, il a désigné simplement les membres des tribunaux et même les fonctionnaires de l'ordre administratif. Ainsi, dans les lettres du mois de juin 1394 et janvier 1395, le roi appelle des prévôts, des baillis royaux, *gentes nostræ*; et même avant que la Chambre des comptes fût constituée, il donne cette qualification aux personnes de son conseil chargées de la comptabilité, ainsi que le prouvent les lettres de 1256 et du 20 avril 1309. Ce qu'aujourd'hui nous appelons Ministère public (gens du roi), ne paraît avoir existé que dès les premiers temps du Parlement. Sans doute, le roi, qui était le plus grand propriétaire du royaume, dut avoir, comme les rois des deux premières races, des agents chargés de la conservation et de l'administration de ses domaines, ainsi que de suivre en son nom les contestations qui pouvaient s'élever à ce sujet : mais l'article 15 de l'ordonnance du 25 mars 1302 est le premier document où j'ai trouvé la preuve de procureur royal près des bailliages, et le serment

qu'ils devaient prêter en entrant en fonctions semblable à celui des baillis, porte à croire qu'ils n'étaient pas seulement défenseurs des intérêts pécuniaires du roi, mais qu'ils veillaient aussi au maintien de l'ordre public. » M. Meyer professe la même opinion. « Il paraît, dit-il, que les procureurs du roi, inconnus du temps de saint Louis, existaient sous Philippe le Bel (Ordonnance du 23 mars 1302). Dans cette ordonnance, ce prince exige que ses procureurs prêtent serment : « *Volumus insuper quod ipsi et procuratores nostri jurent secundum formam infra scriptam* » (art. 15). Il leur défend de s'occuper des causes des particuliers qui n'étaient pas leurs proches parents : « *Nolentes immo prohibentes expresse ne dicti procuratores nostris de causis alienis se intromittere aut litteras impetrare præsumant, nisi pro personis conjunctis, ipsos contingeret faceret prædicata* » (art. 20). Il les autorise à s'attacher, à leurs frais, des auxiliaires qui les substitueront. Telle est l'origine des substituts.

Les avocats du roi étaient également institués en 1302 : Jean le Bossu et Jean Pastourcau remplissaient ces fonctions en 1303. Après avoir examiné quelles sont les origines du Ministère public, nous allons étudier son histoire : 1° pendant la période qui s'étend de 1302 à 1789 ; 2° pendant la période révolutionnaire, et 3° son organisation actuelle.

SECTION I.

PÉRIODE DE LA ROYAUTÉ.

Les fonctions de procureur et d'avocat du roi, créées au Parlement, en 1302, furent introduites dans les autres tribunaux où le monarque avait le droit de se faire représen-

ter : avant 1318, cette institution était répandue dans les bailliages et les sénéchaussées.

En 1318, Philippe V ordonna que, dans les pays de coutume, « les baillis soutiendraient ses causes par tous bons conseils qu'ils prendraient. » « Tous procureurs seront ostez, exceptés ceux qui sont ès lieux ès quiez on use de droit écrit, et soustendront les bailliz et deffendront nos causes par bon conseil qu'ils prendront ⁽¹⁾. » Les procureurs furent au contraire maintenus dans les pays de droit écrit.

Mais, dans le courant du xiv^e siècle, et à une époque qu'on ne peut déterminer d'une manière exacte, on vit reparaître les procureurs du roi. Nous lisons dans une ordonnance de 1355 le passage suivant, qui leur est relatif. « Et jurera le procureur du roi qui est à présent et qui sera pour le temps que il, sitôt qu'il viendra à sa cognoissance, poursuivra lesdits preneurs au plus rigoureusement qu'il pourra, combien que la partie ne fasse aucun pourchaz ou poursuite ⁽²⁾. »

Les ordonnances de mars 1360, de 1367, de 1371, indiquent dans quelles conditions sera exercée l'action publique : il faut, pour qu'il y ait lieu à poursuite, que les faits soient établis et qu'une information ait même été commencée (« information faite deuement ⁽³⁾ »). Il est probable que les mêmes motifs qui avaient nécessité, à l'origine, l'établissement des procureurs, c'est-à-dire l'insuffisance des baillis et le grand nombre de leurs attributions, avaient démontré au roi que la réforme de 1318 n'était pas heureuse et devait être modifiée.

Pendant le xiv^e siècle, le rôle des officiers du Ministère

(1) Art. 18, Ordonnance du 18 juillet 1318.

(2) Art. 6, Ordonnance du 28 décembre 1355.

(3) Ordonnance du 22 novembre 1371.

public acquit une importance toujours croissante. Originai-
rement simples chargés d'affaires, ils devinrent les gardiens
des intérêts de la société : l'exercice de l'action publique
et le soin de poursuivre les crimes et délits leur furent
confiés : ils ne purent plus ni pardonner ni transiger. D'a-
près M. Faustin Hélie, cette transformation s'explique par
la transformation qui s'opéra dans le principe même de la
royauté. Au ^{xiv}^e siècle, le roi n'était plus seulement le
suzerain de ses vassaux. Il était, dit Beaumanoir, « *sovrains
par desors tous et avait de son droit le general garde de
son roïaume.* » Il était devenu le seul représentant de la
société et les intérêts généraux s'étaient confondus avec ses
intérêts particuliers. Alors, il sembla que le roi, représen-
tant de l'État, devait poursuivre la répression des crimes
qui y jetaient le désordre et qu'il avait intérêt à cette répres-
sion. Tel fut le premier fondement du Ministère public.
Plusieurs circonstances vinrent favoriser son établissement.
Citons la disparition du duel judiciaire, la mise en pratique
de la procédure par enquête et par voie de dénonciation.
Cette dernière procédure nécessitait la création d'un accu-
sateur ayant pour mission de recueillir des indices, d'édi-
fier et de suivre une information, de diriger la justice et
d'en provoquer les actes.

Nous avons dit plus haut qu'il y avait, à côté des procu-
reurs, les avocats du roi dont l'origine paraît être contem-
poraine. A l'origine, ces avocats du roi n'étaient, sans doute,
que des avocats ordinaires que le roi, comme tout autre
plaideur, choisissait pour défendre ses intérêts. Quoique
investis d'une charge royale, ils continuaient à plaider et à
consulter pour les particuliers : « Le plus grand avantage
des charges qu'ils ont l'honneur d'occuper est celui d'être
les premiers de l'Ordre des avocats, d'être à la tête d'un

corps si illustre duquel ils estiment à honneur de faire partie⁽¹⁾. » Ils participaient, en quelque sorte, à la dignité royale : « vêtus de leurs robes longues et leurs chaperons à la tête, lorsqu'ils parlaient aux présidents et durant la plaidoirie, ils ne faisaient que découvrir le front, la tête demeurant couverte⁽²⁾. » Ils avaient, en outre, le privilège de pouvoir parler aussi longtemps qu'il leur plaisait. Après que le jugement était rendu, ils avaient le droit d'interjeter appel, à la face des juges, ce qui était interdit aux autres avocats.

Si le procureur général représentait, en quelque sorte, tous les gens du roi et était chargé de l'administration du Parquet, il devait, dans des cas très nombreux, prendre conseil de ses avocats généraux : « Ne pourra aucuns de nos procureurs intenter action ne procès en matière civile sans avoir conseil de notre avocat, ès lieux où nous avons avocat⁽³⁾. » Henri II, en 1554, renouvela cette prescription : « Seront tenus nos procureurs bailler leurs réquisitoires et conclusions par l'avis et conseil de nos avocats, auxquels ils communiqueront les informations et procès qui seront mis en main⁽⁴⁾. » C'est pour ce motif que, dès le commencement du xiv^e siècle, les avocats généraux portaient le titre de conseillers du roi.

Le procureur général donnait ses conclusions écrites ; l'avocat du roi les développait, mais suivant sa conscience : « Si la plume est serve, la parole est libre. » Il n'était pas obligé de suivre l'avis du procureur général dans les affaires d'audience et il pouvait même prendre des conclusions dif-

(1) Omer Talon.

(2) La Rocheflavin, *Histoire des Parlements*.

(3) Ordonnance de Louis XII, 1498.

(4) Art. 25, Ordonnance d'Henri II, 1554.

férentes. Le procureur général portait quelquefois la parole, en cas d'absence ou d'empêchement du premier avocat général, et par préférence sur le second et le troisième. Mais il devait conclure par écrit dans toutes les affaires du grand criminel et dans les affaires civiles sujettes à communication. Il lui était impossible d'introduire, en matière civile, aucune demande ou d'accorder son intervention sans en avoir délibéré avec les avocats généraux.

A quelle époque commença-t-on à employer les titres d'avocat général et de procureur général? Ces titres indiquent une organisation assez avancée. On voit, dans les ordonnances du Louvre que dès l'année 1356, le procureur du roi près le Parlement était appelé procureur général. — M. Ortolan ⁽¹⁾ croit que ce titre ne désignait pas une suprématie mais indiquait seulement que ces officiers étaient chargés d'occuper pour toutes les causes du roi et non, comme à l'origine, pour des affaires séparées. — Nous ne trouvons qu'un texte qui nous fait supposer que le titre d'avocat général a été en usage, vers la même époque. « Feu M^e Daci, lors vivant general avocat en Parlement, etc. »

— La situation des avocats du roi grandit de plus en plus. Ils furent bientôt investis du droit de plaider, d'une façon permanente, toutes les causes du souverain et devinrent alors véritablement « gens du roi. » Mais, en revanche, ils perdirent le droit de consulter et de plaider pour les particuliers, dans les causes contraires aux intérêts du roi : « Défendons à nos avocats et procureurs de non-plaider n'y consulter pour les parties contre nous, sur peine de suspension de leurs offices ⁽²⁾. »

(1) *Histoire du Ministère public.*

(2) Ordonnance de 1498, art. 34.

L'ordonnance de Moulins interdit aux procureurs et aux avocats de rien prendre des parties, « ne s'entremettre de postuler en leurs sièges pour les parties en quelque cause que ce soit, encore que n'y ayons interest, nonobstant tout usage ou dispense au contraire. » Seuls, les avocats du roi près des sièges inférieurs furent l'objet d'une exception : « Et quant à nos avocats qui sont de présent ès sièges inférieurs, seulement leur est permis de postuler, consulter ou escrire pour les parties ès cause ou n'aurons interest ⁽¹⁾. »

Dès l'origine il y eut toujours deux avocats du roi au Parlement : l'un clerc, l'autre laïque. Quelquefois même, il y en eut trois.

L'ordonnance de 1302 avait, comme nous l'avons vu plus haut, autorisé les procureurs à s'attacher des substituts. Ils étaient choisis et payés par ces procureurs mais ils n'étaient pas révocables à leur gré. « Bien que lesdits substitués ne soient officiers royaux, toutefois seroit grand préjudice à la chose publique et de mauvaise conséquence de permettre aux procureurs du roy de substituer et destituer qui bon leur sembleroit, et en faire comme au plus offrant ⁽²⁾. »

Un édit d'Henri III fit de ces substituts des officiers royaux « pour rendre l'expédition de la justice brève et prompte au soulagement du pauvre peuple. » Ces magistrats avaient pour mission de remplacer par délégation le procureur général et d'agir en son nom.

Avant le xvr^e siècle, le Ministère public était donc entièrement constitué. Il comprenait, devant les cours supérieures,

(1) Ordonnance de Moulins, art. 19 et 20.

(2) Arrêt du Parlement de Paris au profit d'un substitut de Chaumont, 20 juillet 1499.

les procureurs généraux et les avocats généraux devant les autres juridictions, les avocats et les procureurs du roi qui étaient les substituts du procureur général : devant les juridictions seigneuriales, un procureur fiscal seulement : dans les officialités, un promoteur.

Les parquets des tribunaux inférieurs dépendaient des parquets des cours. Le Ministère public, près les cours, était ordinairement composé de trois ordres d'officiers. Un procureur général, des avocats généraux et des substituts. Voici comment M. Lacretelle résume les fonctions de chacun de ces magistrats. « Le procureur général représentait, en quelque sorte, tous les gens du roi : les avocats généraux parlaient en sa place : ils avaient en propre quelques fonctions, mais ils ne les remplissaient qu'en son nom. Ils avaient aussi le droit de délibérer sur quelques-uns des objets dont ils avaient aussi l'exécution. C'était au procureur général qu'appartenait essentiellement l'exécution des lois, celle des arrêts, la haute police, la surveillance sur l'intérieur des tribunaux, la poursuite des crimes, la censure, etc. Il avait aussi en propre les conclusions dans toutes les affaires qui ne se jugeaient pas à l'audience. Rien n'appartenait exclusivement aux avocats généraux, que le droit de parler à l'audience, mais ils n'y étaient pas bornés à donner leurs conclusions dans les causes. Ils pouvaient requérir tout ce qu'ils jugeaient à propos pour l'intérêt public. Ils étaient indépendants du procureur général à l'audience : ils n'étaient obligés ni de suivre son avis, ni même de le consulter. Ils étaient aussi associés aux fonctions du procureur général : il était plusieurs cas où il devait se conformer aux délibérations du parquet assemblé, et ils le remplaçaient de droit pour toutes ses fonctions en cas d'absence, de maladie ou d'empêchement. En rappor-

tant que l'on disait que le procureur général avait la plume, que les avocats généraux avaient la parole, nous résumons les attributions respectives des divers officiers du parquet. Les substituts du procureur général étaient aussi des magistrats en titre d'office. On distinguait ceux qui exerçaient les fonctions du Ministère public sous l'inspection du procureur général, et ceux qui les exerçaient dans le tribunal souverain, à la place et par délégation du procureur général. Ces derniers entraient aussi dans la constitution du parquet, mais d'une manière subordonnée⁽¹⁾. »

Ces officiers du Ministère public avaient à remplir des fonctions assez importantes. « Le Ministère public requiert tout ce qui est nécessaire pour l'intérêt du public : il poursuit la vengeance des crimes publics, requiert ce qui est nécessaire pour la police et le bon ordre, et donne des conclusions dans toutes les affaires intéressant le roi, l'État, l'Église, les hôpitaux, les communautés : dans certains tribunaux, il est aussi d'usage de leur communiquer les causes des mineurs. On ne le condamne jamais aux dépens et on ne lui en adjuge pas non plus contre les parties qui succombent⁽²⁾. »

Ces différentes attributions ont fait l'objet de plusieurs ordonnances. Pendant les ^{xiv}^e et ^{xv}^e siècles, « les fonctions des officiers du Ministère public ne sont point indiquées avec précision et demeurent quelquefois embarrassées et confuses⁽³⁾. » Charles VIII, dans une ordonnance de juillet 1493, définit les attributions du procureur général et des avocats généraux au Parlement. Il recommande à ces derniers de « réciter bien au long les charges » relevées contre les prévenus.

(1) Lacretelle, *Œuvres judiciaires*, t. I, p. 67 et suiv.

(2) Loysel, *Institutes coutumières*, liv. VI, tit. 3.

(3) F. Hélie.

La procédure criminelle fut complètement transformée par une série d'ordonnances, dont les principales sont : celle de Blois (mars 1498), de Villers-Cotterets (août 1539), qui, par leur réunion, forment le premier Code complet de la législation criminelle. L'ordonnance de 1670 ne fait souvent que les reproduire. Nous citerons encore l'ordonnance d'Orléans (1560), qui s'occupe d'une façon toute particulière de l'organisation de la justice : elle recommande aux officiers du Ministère public la célérité dans les poursuites, et leur impose l'obligation de désigner le dénonciateur à l'accusé absous. Les ordonnances de Moulius (1566), de Blois (1569), le Code Michaud (1629), l'ordonnance de 1670 ont, aussi, une importance considérable.

Nous allons, avant de terminer l'histoire du Ministère public sous l'ancien régime, étudier très sommairement quelles étaient ses attributions : 1° en matière pénale; 2° en matière civile.

1° *En matière pénale.*

Nous savons que jusqu'au xii^e siècle, la poursuite était ordinairement exercée par les parties lésées. A partir de cette époque, on admit, à côté de la procédure accusatoire, la procédure *per denonciationem* et *per inquisitionem*. Au xiv^e siècle, les crimes pouvaient être poursuivis de quatre manières : « par dénonciation, par présent meffait, par accusation de partie formée et par publique renommée ⁽¹⁾. » — Les poursuites sur dénonciation, au cas de flagrant délit et par publique renommée, étaient instruites par le juge et n'avaient que les suites qu'il jugeait convenables. La pour-

(1) Jean Bouteiller, *Grand coutumier*, livre I, titre 34.

suite sur accusation était également en usage, mais elle était périlleuse pour l'accusateur qui, en cas d'erreur, encourait des peines très rigoureuses. Aussi, à l'époque de Bouteiller, cette manière de procéder était presque délaissée. Le plus souvent, l'information était ouverte par le juge, soit sur la dénonciation des parties, soit d'office. Le dénonciateur, en se bornant à signaler les faits, abdiquait ainsi son action directe, la livrait à la justice qui recevait de lui une véritable délégation. Les officiers royaux se trouvèrent ainsi subrogés aux droits des parties.

Au xv^e siècle, la jurisprudence admettait trois modes d'action : la dénonciation qui avait pour effet de saisir le juge et lui laissait la direction de l'affaire ; l'accusation privée qui était encore moins employée qu'au siècle précédent ; enfin, la poursuite d'office exercée par le juge, soit avec le concours de la partie publique et de la partie lésée, soit sans le concours d'aucune partie.

Au xvi^e siècle, ces institutions furent modifiées et on vit poser nettement la différence entre l'action publique et l'action privée. La partie publique poursuit la répression de tous les crimes passibles de peines afflictives ou infamantes ; la partie civile, de tous les crimes et délits qui l'avaient lésée. L'action de la première était fondée sur l'intérêt social, celle de la seconde sur l'intérêt particulier. Cette distinction entre les deux actions avaient été pendant longtemps plutôt théorique que pratique. Au commencement du xvi^e siècle, la partie lésée était encore regardée comme la partie principale et la partie publique comme une partie jointe. « La partie civile, c'est le vrai demandeur et accusateur ; le Procureur du Roy n'est que joint, » disait Pierre Ayrault.

Au xv^e et au xvi^e siècle, les parties supportaient encore tout le poids de la procédure : elles devaient faire procéder

à une information par un lieutenant criminel, et c'est seulement à ce moment que commençaient les fonctions du procureur du roi. Ce magistrat se rendait, s'il y avait lieu, partie jointe et prenait des conclusions.

Vers la fin du xvi^e siècle, il était passé en pratique que les procureurs du roi et les procureurs fiscaux pouvaient agir sans être saisis d'une dénonciation, parce qu'ils étaient « *rei et disciplinæ publicæ vindices et assertores*. » L'ordonnance de Blois, de mai 1579, leur imposa même cette obligation. « Les procureurs généraux en cour de Parlement et leurs substituts en chacun siège et semblablement les procureurs fiscaux des seigneurs sont tenus faire diligente poursuite et recherche des crimes, sans attendre qu'il y ait instigateur, dénonciateur ou partie civile (art. 184). »

Lorsque l'instruction était terminée, l'avocat du roi développait les conclusions du procureur du roi. Le délibéré sur l'affaire devait avoir lieu en présence de ces deux magistrats.

De leur côté, les juges avaient conservé le droit de poursuite d'office. L'article 122 du chapitre 2 de l'ordonnance du 30 août 1536, porte : « Sitost que les crimes et délits auront été commis et perpétrés, les juges ordinaires seront tenus d'en informer ou faire informer..... Et n'attendront les juges qu'ils en soient requis par les parties civiles et intéressées. » L'article 145 de l'ordonnance d'août 1539, disposait également : « Et sitost que la plainte desdits crimes, excès et maléfices aura été faite et qu'ils (les juges) en auront autrement été avertis, ils en informeront ou feront informer bien et diligemment, pour, incontinent, après informations faites, les communiquer à notre procureur. »

L'ordonnance de 1670 maintint ce principe tout en le restreignant quelque peu. Les droits de la partie publique devinrent de plus en plus importants. Les procureurs du

roi et les procureurs fiscaux qui avaient déjà pour mission de poursuivre d'office les individus prévenus de crimes punis de la peine capitale ou passibles de peines afflictives furent tenus de rechercher tout acte coupable et d'en déférer les auteurs aux tribunaux compétents. L'article 8 du titre 3 de l'ordonnance posait ce principe, que le droit de poursuite directe leur appartenait, alors même que la partie civile n'intervenait pas; ils requéraient information, faisaient assigner des témoins; prenaient plusieurs fois communication des enquêtes afin de donner des conclusions. Leurs réquisitions étaient la base de toute la procédure. Ils pouvaient, seuls, conclure à l'application des peines et surveillaient l'exécution des jugements ou arrêts.

Lorsque les juges commençaient eux-mêmes la poursuite, il leur était impossible de continuer l'information sans le concours du procureur du roi à qui ils devaient communiquer les pièces aux différentes phases de la procédure. Ce droit de poursuite ne leur appartenait qu'à l'égard des crimes publics et dans les cas de notoriété, de flagrant délit et de dénonciation⁽¹⁾. Ce pouvoir du juge se formulait dans cette maxime : « Tout juge est procureur général, » ce qui signifiait que les juges étaient investis de plein droit des fonctions du Ministère public lorsque l'intérêt public l'exigeait. La jurisprudence faisant application de cette règle reconnaissait aux juges d'appel le droit d'élever la peine, lors même que le Ministère public n'avait pas interjeté appel à *minima*.

Malgré cette extension des pouvoirs du Ministère public, les parties lésées avaient conservé leur initiative. Elles pouvaient obliger le Ministère public à joindre son action à celle qu'elles intentaient. « Lorsqu'il y a partie civile et que

(1) Serpillon, *Eléments de la procédure criminelle suivant les ordonnances de France* (1773).

le crime est de nature à exiger la poursuite du Ministère public, les procureurs du roi ou les procureurs fiscaux doivent intervenir et se joindre à la partie civile : quand une partie civile était en cause, les poursuites se faisaient à sa diligence. C'est elle qui dirigeait l'instruction, qui recherchait les témoins et accomplissait une partie des actes de la procédure, dont elle devait acquitter les frais ⁽¹⁾.

Tel est le dernier état de la législation antérieure à 1789.

2° *En matière civile.*

Le cadre restreint de cette étude ne nous permet pas d'examiner d'une façon aussi détaillée que le comporte la matière, les attributions du Ministère public, en matière civile. Nous ne ferons que les exposer très sommairement.

En matière civile, les officiers du Ministère public ne pouvaient se porter partie principale (en première instance du moins), quelors qu'un texte formel les y autorisait : en tout autre cas, ils devaient laisser aux parties intéressées le soin d'agir. Une fois l'instance introduite, le Ministère public avait, au point de vue de l'appel à interjeter ou de tout autre recours à former, le même droit que les parties elles-mêmes.

Il y avait cependant exception pour les matières domaniales et politiques. Il importe, en effet, de ne pas oublier qu'à l'origine, les officiers du Ministère public étaient seuls chargés de soutenir devant les diverses juridictions les intérêts particuliers « du roy, leur maître et seigneur. » Celui-ci était, alors, représenté devant les tribunaux, comme les

(1) Mangin, *Action publique*, tome I.

parties ordinaires, par un procureur. Ses intérêts étaient défendus par un avocat. Ces officiers avaient pour mission de faire respecter ses droits de souverain, soit contre les autorités rivales, soit contre les empiétements des vassaux. Plus tard seulement ils furent chargés de veiller à la bonne administration de la justice, « à la manutention de l'ordre public. » Mais leur caractère de représentants du roi, propriétaire ou souverain, leur resta. De là leur droit d'introduire, au nom du roi, toute action en matière domaniale, et, partant, de saisir les cours de justice de toutes questions relatives aux successions, ou de déférer au Parlement les actes de nature à porter atteinte au droit souverain du roi.

Ainsi donc, en matière civile, le rôle du procureur du roi ne commençait, au moins en première instance, que quand les parties avaient saisi la justice de leur différend. Leur mission consistait alors à éclairer la justice : « Le rôle des gens du roi, disait Garat, est de s'opposer aux interprétations arbitraires et à cette jurisprudence versatile, qui déshonorent la justice par la versatilité de leurs oracles. Le Ministère public doit rappeler la loi au Tribunal et en réclamer l'exécution. » On craignait que, sous prétexte d'ordre public, les gens du roi ne se laissâssent entraîner par l'intérêt ou l'avarice, et qu'ils ne fissent inquisition dans les familles. Certains jurisconsultes distingués, comme Pothier, d'Aguesseau, pensaient que les parties étaient mieux que personne en situation de bien comprendre quel était leur intérêt.

Les ordonnances de 1319, 1340, et particulièrement celles de 1493 et de 1535 refusent au Ministère public le droit d'agir d'office dans les cas autres que ceux qui ont trait à des droits royaux et qui concernent le roi personnellement.

Cette prohibition, pour le Ministère public, de se porter partie principale, en règle générale, est nettement déterminée par l'ordonnance de 1319 : « *Præterea nolumus, imo expresse prohibemus procuratoribus nostris ne ipsi in causis quibuscumque apponant se aut partem facere præsumant nisi de patrimonio aut alio jure nostro sine fraude agatur, vel jus publicum requirat, vel nisi alias cognita causa a nobis vel a senecialo habeant specialiter in mandatis.* » Cette expression « *jus publicum* » a soulevé une discussion très grave, dans laquelle nous ne pouvons entrer. Disons seulement qu'à notre avis, il faut traduire la phrase « *vel jus publicum requirat,* » « à moins qu'il ne s'agisse de faire consacrer un principe d'ordre public, » et non pas « ou dans les cas qui intéressent l'ordre public. »

On prétend opposer une ordonnance de 1667, d'après laquelle « si les registres d'état civil sont perdus ou s'il n'y en a jamais eu, la preuve sera reçue tant par titre que par témoins, et, en l'un et l'autre cas, les baptêmes, mariages, sépultures, pourront être justifiés tant par les papiers domestiques des père et mère décédés que par témoins, sauf à la partie à vérifier le contraire, même à nos procureurs généraux quand il s'agira de bénéfices, réceptions, serments et installations aux charges et offices. »

Mais, après examen, peut-on conclure que ce texte confère au Ministère public un véritable droit d'action en matière civile? Certainement non. Le procureur général a le droit de vérifier les registres, mais seulement quand il s'agit de bénéfices, etc. Rien de plus. Les mots « même à nos procureurs » indiquent bien d'ailleurs qu'il s'agit d'une exception au principe général.

Dans certains cas, cependant, le procureur du roi pouvait être partie principale, par exemple en matière de nullité de

mariage. Ce cas est l'objet d'une déclaration du 15 juin 1697.

Mais, même dans ces hypothèses où l'ancienne législation attribuait formellement aux membres du Parquet le droit d'agir d'office, la pratique judiciaire a toujours montré une certaine hésitation et la jurisprudence des Parlements a toujours restreint leurs droits. Au contraire, l'instance une fois introduite, les gens du roi pouvaient prendre à l'audience telles conclusions qu'il leur plaisait : ils avaient la faculté d'interjeter appel et de se pourvoir contre la décision intervenue. On pensait, en effet, que s'il n'y avait pas inconvénient pour la société à laisser passer, sans agir, une violation de la loi commise par un particulier, il fallait pouvoir s'opposer à la consécration juridique d'une théorie fausse et éviter que l'erreur ne devînt principe.

— Après avoir étudié l'organisation et les attributions du Ministère public sous l'ancienne Monarchie, examinons le mode de nomination des magistrats du Parquet et les privilèges dont ils jouissaient.

A l'origine, le roi nommait les officiers du Ministère, public en ne prenant conseil que de son bon plaisir. Cependant, il est à noter que, si parfois, le souverain fixait son choix sur un favori, il recrutait, le plus souvent, les magistrats parmi les plus habiles avocats du barreau.

Plus tard, la nomination eut lieu sur la présentation faite par le Parlement, de trois candidats. « On était accoutumé d'y (au Parlement) tenir un registre de tous les habiles avocats et jurisconsultes, et, quand quelque office venait à vaquer, on en choisissait trois desquels on portait les noms au roi qui préférait celui qui lui plaisait ⁽¹⁾. »

Les procureurs généraux et avocats généraux étaient, à

(1) Hardouin de Préfixe.

l'origine, « pourvus de leurs estats gratuitement par le roi. » A partir du xiii^e siècle apparut la vénalité des offices de judicature : cependant, pendant longtemps encore le trafic en fut condamné par plusieurs ordonnances. A la fin du xvi^e siècle, presque toutes les charges étaient l'objet de commerce tant de la part des particuliers que de la part de l'État. La royauté absolue avait aliéné les offices comme les rois de la première et de la deuxième race avaient aliéné les bénéfices et les fiefs. Les fonctions publiques étaient inféodées par la Couronne à charge de redevance et de service public. Louis XII, le premier, introduisit ouvertement la vente des offices de judicature. Ces offices, concédés à prix d'argent, devinrent cessibles de la part des acquéreurs. L'État se réservait seulement le droit de supprimer l'office entre les mains de ces derniers, en remboursant la somme qui avait été payée par celui à qui il avait été concédé en premier lieu. Les offices constituèrent des immeubles susceptibles de suite par hypothèque : bientôt même, ils devinrent héréditairement transmissibles et on imposa, aux magistrats qui en étaient titulaires, l'obligation de payer chaque année au Trésor un impôt équivalent au soixantième du produit. Ce droit fut appelé la *Paulette*.

La vénalité des charges eut le très grand avantage d'assurer l'indépendance de la magistrature vis-à-vis du pouvoir royal : mais il en résulta de graves inconvénients. La justice était très onéreuse pour les plaideurs ; les épices, qui n'étaient d'abord qu'un cadeau de minime importance offert aux juges, se transformèrent en une somme d'argent et devinrent obligatoires. Elles eurent pour effet d'abaisser la moralité des magistrats qui se figuraient, certainement, que puisqu'ils achetaient le droit de rendre la justice, ils étaient en droit de la vendre. L'influence de la vénalité des offices

fut cependant moins grande sur les magistrats du Ministère public que sur les juges. Ils ne pouvaient recevoir les épices que pour les travaux écrits, et on comprit même la nécessité de leur interdire de recevoir tout cadeau. « Défenses sont faites à nos procureurs de rien prendre des parties, et, outre, leur inhibons de prendre aucunes choses pour taxes, ainsi se contenter des gages que nous leur avons ordonnés. »

Ces « gages » n'étaient cependant pas très élevés : dans certains tribunaux, le procureur du roi recevait 150 livres par an, son substitut, 70 livres. — Au Parlement, le premier avocat général avait environ 300 livres, le deuxième 100 livres, le procureur général, 250. — Les charges atteignaient cependant un prix assez considérable, la charge d'avocat général au Parlement de Paris coûtait 350,000 livres, celle de conseiller, 100,000 livres, celle de président à mortier, 450,000 livres. Vers la fin du XVIII^e siècle seulement, les traitements des magistrats furent augmentés : « attribuons à notre avocat général 3,000 livres de gage, à notre procureur général, 4,000 livres de gage et à chacun des substituts, 1,000 livres de gages » (Edit de février 1771, organisant les conseils supérieurs de justice).

L'inamovibilité de la magistrature découlait nécessairement de la vénalité des offices.

Les gens du roi jouissaient de certains privilèges : un certain nombre d'offices conféraient des titres de noblesse, après un temps déterminé d'exercice. Les officiers royaux étaient aussi exempts de différents impôts : taille, gabelle, aides, etc.

SECTION II.

PÉRIODE RÉVOLUTIONNAIRE.

L'Assemblée constituante, en prononçant la suppression des Parlements, se rappelait la résistance que ces grandes compagnies judiciaires avaient opposée aux réformes les plus judicieuses de Turgot; elle redoutait aussi que les membres de ces corps puissants, recrutés parmi les privilégiés de l'ancien régime, ne fissent opposition aux mesures nouvelles qu'elle allait prendre.

La loi des 16-24 août 1790 introduisit une réforme radicale dans l'organisation judiciaire. Nous ne nous occuperons que de celle qui porte sur le Ministère public.

L'organisation du Parquet préoccupa beaucoup l'Assemblée constituante. Cette Assemblée se défiait de la royauté contre qui elle avait engagé la lutte. La question de savoir si les officiers du Ministère public seraient nommés par le roi ou par le peuple fut discutée à la séance du 8 mai 1790 : on s'arrêta enfin à la nomination par le roi (décret 8 mai-27 septembre 1790, art. 1 et 2). « Les officiers du Ministère public seront nommés par le roi (art. 1^{er}). Ils seront institués à vie et ne pourront être destitués que pour forfaiture (art. 2). » Le décret des 16-24 août 1790 divisa les fonctions du Ministère public entre deux agents : un commissaire du roi et un accusateur public. Le premier avait pour mission exclusive de veiller, soit à l'application de la loi, soit à l'exécution des jugements. C'est à lui qu'appartenait le droit de se pourvoir contre les décisions des tribunaux. — Le rôle de

l'accusateur public était, "uniquement, de soutenir l'accusation.

Les autres attributions du Ministère public se trouvaient réparties : 1° entre les juges de paix et les officiers de police ; 2° entre la partie lésée et les autres citoyens. L'initiative des poursuites leur appartenait. — Les juges de paix devaient recevoir les plaintes, constater les faits, entendre les témoins, faire arrêter les prévenus. Ils agissaient d'office. — La partie lésée et les citoyens témoins d'un crime pouvaient, de leur côté, provoquer information.

Cette organisation présentait de graves inconvénients. Les juges de paix, qui n'étaient soumis à la surveillance d'aucun magistrat supérieur, réunissaient deux caractères incompatibles : celui de partie poursuivante et de juge instructeur.

Sous prétexte que les commissaires du roi apportaient des entraves à la prompte expédition des affaires, le décret du 20 octobre 1792 les supprima près des tribunaux criminels et réunit leurs fonctions à celles de l'accusateur public.

— La Convention qui organisa la justice politique créa successivement deux tribunaux révolutionnaires : le tribunal criminel extraordinaire, près duquel elle plaça un accusateur public et deux substituts, et le tribunal révolutionnaire, près duquel elle plaça également un accusateur public et quatre substituts.

Nous n'insisterons pas sur les réformes de la Convention : elles produisirent des effets déplorables. Le souvenir de Fouquier-Tinville, d'Hébert, de Lhuillier est encore présent à la mémoire de tous et rappelle que ces tribunaux révolutionnaires « assassinaient mais ne jugeaient pas. » Tout était sacrifié à la haine, rien à la justice ⁽¹⁾. Il en est ainsi

(1) Hiver, *Institutions judiciaires*.

jusqu'à la réaction thermidorienne. Fouquier-Tinville et ses substituts expièrent sur l'échafaud les nombreux forfaits dont ils s'étaient rendus coupables.

Après le 9 thermidor, quand la Révolution rentra dans des voies modérées, les commissaires du pouvoir exécutif furent rétablis près des tribunaux correctionnels (art. 234, Constitution du 5 fructidor an III) et près des tribunaux criminels (art. 245). L'accusateur public était cependant maintenu près de cette dernière juridiction et fut seulement supprimé par la Constitution du 22 frimaire an VIII, qui attribua au commissaire du gouvernement les fonctions qu'il exerçait.

Le Code du 3 brumaire an IV avait consacré la distinction établie par la Constitution du 5 fructidor an III, et avait nettement formulé les attributions du Ministère public. Les fonctions de l'accusateur public restaient sous l'empire de la législation de 1791. Son rôle consistait à soutenir l'accusation et cessait, lors de la déclaration du jury, au moment où commençait celui du commissaire du pouvoir exécutif. Devant les tribunaux correctionnels, l'action publique était exercée uniquement par ce dernier. Mais le droit de poursuite était encore sous l'empire de cette législation, entre les mains du juge de paix. La loi du 7 pluviôse an IX, restreignit les attributions de ce magistrat cantonal, élu par le peuple. Elle renversa la doctrine proclamée par l'Assemblée constituante et admit que « la délégation pour l'exercice de l'action publique doit émaner du pouvoir exécutif, au lieu d'émaner du peuple. » Elle sépara le droit de poursuivre et le droit de procéder à l'information qui ne doivent pas être réunis entre les mains d'un seul : elle confia le soin de poursuivre au commissaire du gouvernement. Pour seconder celui-ci, elle créa un substitut qu'on nomma « ma-

gistrat de sûreté, » et qui eut pour fonctions spéciales d'exercer la police judiciaire : il fut réellement subrogé au juge de paix. Comme lui, il pouvait rechercher et poursuivre les infractions, délivrer mandat de dépôt. Il était, comme le commissaire du pouvoir exécutif, nommé par le gouvernement et non pas élu par le peuple.

En matière civile, l'Assemblée constituante donna des pouvoirs peu étendus aux officiers du Ministère public. D'après l'article 2 du titre 8 de la loi du 24 août 1790, « les commissaires du roi exerceront leur ministère non par voie d'action mais par voie de réquisition. » On n'admit donc pas que le représentant du pouvoir exécutif près des tribunaux des différents degrés eût le droit, sous quelque prétexte que ce fût, de s'entremettre dans les affaires privées des citoyens. Il ne put intervenir que dans les procès dont les juges avaient déjà été saisis, ce qui exclut pour lui le droit de saisir d'office les tribunaux et, en outre, le droit d'appeler ou de se pourvoir en cassation. On a prétendu⁽¹⁾ que la loi de 1790, en chargeant les commissaires du roi de faire observer les lois et de faire exécuter les jugements, leur avait, par cette disposition, donné implicitement le droit d'agir pour assurer l'exécution des lois intéressant l'ordre public ; mais cette opinion qui ne s'appuie sur aucun texte est en contradiction flagrante avec l'article 2, titre 8 de la loi de 1790. Rappelons que l'Assemblée constituante était très défiante à l'égard des magistrats du Parquet et que, plus tard, après leur avoir retiré les fonctions de l'accusation pour les confier à un accusateur public, elle les supprima purement et simplement.

L'article 25 de la loi du 27 novembre 1790 modifia ce-

(1) M. le procureur général Dupin, *Réquisitoire du 22 janvier 1862*.

pendant les restrictions édictées par cette loi en confiant au commissaire du roi près la Cour de cassation le soin de faire réformer les décisions de justice contraires aux lois ou aux formes de la procédure. Les Constitutions du 3 septembre 1791, du 5 fructidor an III, la loi du 27 ventôse an VIII, le chargèrent également de requérir l'annulation des actes par lesquels les juges auraient excédé leurs pouvoirs.

— Avant d'aborder l'examen de l'organisation actuelle, nous allons indiquer quel était le mode de recrutement de magistrats du Parquet pendant la période révolutionnaire.

D'après l'art. 1^{er} du décret des 8 mai-27 septembre 1790, les officiers du Ministère public étaient nommés par le roi : ils étaient inamovibles. Leur destitution ne pouvait être prononcée que dans le cas de forfaiture.

La Constitution des 3-14 septembre 1791 donna au peuple le droit d'élire l'accusateur public.

Le Code de brumaire an IV attribua au Directoire exécutif la nomination du commissaire du gouvernement. Il déclara amovibles les membres du Parquet : depuis cette époque, l'inamovibilité, conséquence de la vénalité des offices sous l'ancien régime, ne fut pas rétablie à leur profit.

Aucune condition n'était exigée, au début de la période révolutionnaire, pour qu'on fût appelé à remplir les fonctions de commissaire du gouvernement ou d'accusateur public. Le peuple désignait ce magistrat, et souvent son choix était loin d'être heureux. Les fonctions du Ministère public furent confiées au tribunal extraordinaire institué pour juger les crimes du 10 août à un patriote nommé Lhuillier. Ses amis en faisaient le portrait suivant : « Lhuillier a été cordonnier ; il est sans éducation ; il n'a fait aucune étude ; il est vindicatif, violent, emporté à l'excès. Il suffit de l'entendre pour juger de son ignorance. Il paraît s'adonner au vin. »

La loi du 27 ventôse an VIII établit des conditions d'âge pour la nomination des commissaires du pouvoir exécutif et de leurs substituts. L'âge de trente ans, exigé par cette loi, fut ramené à celui de vingt-cinq par la loi des 16-26 ventôse an XI.

Le grade de licencié en droit dut, en outre, être produit (Loi 22 ventôse an XII).

SECTION III.

ORGANISATION ACTUELLE DU MINISTÈRE PUBLIC.

Nous rappellerons seulement les traits généraux de cette organisation.

Les officiers du Ministère public sont les agents du gouvernement près des tribunaux. Ils sont amovibles et nommés par le chef de l'État (décret 8 mai-24 août 1790). Les conditions de capacité exigées sont : 1° d'avoir l'âge fixé par la loi (on ne peut être procureur général qu'à trente ans; avocat général ou substitut du procureur général avant vingt-cinq ans. Le procureur de la République doit être au moins âgé de vingt-cinq ans; son substitut, de vingt-deux, — art. 64, loi 20 avril 1810); 2° d'être licencié en droit; 3° d'avoir accompli un stage de deux ans comme avocat.

D'après la loi du 27 ventôse an IX, art. 67, le Parquet de la Cour de cassation se compose d'un procureur général, de six avocats généraux (deux par Chambre).

A la Cour d'appel, le Ministère public se compose d'un procureur général, d'avocats généraux et de substituts. Les avocats généraux portent la parole aux audiences; les subs-

tituts sont chargés de l'expédition des affaires; ils remplacent cependant les avocats généraux, à l'audience, en cas d'empêchement.

L'article 6 de la loi de ventôse an VIII prévoit le cas où tous les membres du Parquet seraient empêchés. Les fonctions du Ministère public sont alors remplies par le dernier nommé des conseillers.

Il y a, près des tribunaux de première instance, un procureur de la République et un nombre de substituts qui varie avec le nombre des chambres (quatre substituts dans les tribunaux divisés en trois chambres), deux quand il y a deux chambres).

Les juges suppléants remplacent, en cas d'absence ou d'empêchement, les officiers du Ministère public (lois 10-11 décembre 1830 et 30 août 1883).

Devant le tribunal de paix statuant comme tribunal de police, les fonctions du Ministère public sont remplies par un commissaire de police; à défaut, par le maire de la commune ou un adjoint.

Il n'y a pas de Ministère public près des juridictions consulaires.

CHAPITRE II.

DES FONCTIONNAIRES AUXQUELS APPARTIENT L'EXERCICE DE L'ACTION PUBLIQUE.

SECTION I.

DES FONCTIONNAIRES.

Les fonctionnaires auxquels est dévolu l'exercice de l'action publique sont :

1° Les procureurs généraux près les Cours d'appel, les avocats généraux et leurs substituts (art. 6 et 45; L. 20 avril 1810);

2° Les procureurs de la République et leurs substituts près les tribunaux de première instance (art. 274, I. cr.);

3° Les commissaires de police, les maires et leurs adjoints chargés des fonctions du Ministère public près les tribunaux de simple police (art. 144-145, I. cr.);

4° L'exercice de l'action publique appartient aussi aux agents des administrations des contributions indirectes, des douanes, des eaux et forêts, des postes, en matière de délits de contrebande, forestiers, de pêche fluviale, (L. 5 ventôse an XII, art. 90; art. 23, Décret 5 germinal an XII, etc.), de poste.

Tous ces fonctionnaires sont délégués par la loi pour exercer l'action publique : mais leur délégation n'a pas la même étendue. Nous allons déterminer très rapidement les attributions de chacun d'eux :

1^o Procureur général près la Cour d'appel. Les pouvoirs de ce haut magistrat sont l'objet des articles 6 et 45 de la loi du 20 avril 1810.

« Art. 6. Les fonctions du Ministère public seront exercées à la Cour d'appel par un procureur général.

« Art. 45. Les procureurs généraux exerceront l'action de la justice criminelle dans toute l'étendue de leur ressort : ils veilleront au maintien de l'ordre dans tous les tribunaux : ils auront la surveillance de tous les officiers de police judiciaire. »

Le procureur général est investi, dans l'étendue du ressort de la Cour d'appel, de la direction suprême de l'action publique. « Il reçoit les dénonciations et les plaintes qui lui sont adressées directement, soit par la Cour d'appel, soit par un fonctionnaire public, soit par un simple citoyen, et il en tient registre. Il les transmet au procureur de la République » (art. 275, I. cr.). « Soit d'office, soit par les ordres du Ministre de la Justice, il charge le procureur de la République de poursuivre les délits dont il a connaissance » (art. 274, I. cr.). Il a le droit de faire tous les actes de poursuite attribués au procureur de la République et d'interjeter appel des jugements rendus en matière correctionnelle (art. 202). Tous les officiers de police judiciaire, même les juges d'instruction, sont soumis à sa surveillance. Il en est de même de tous les fonctionnaires mentionnés par l'article 9, I. cr., qui sont appelés par la loi à faire des actes de police judiciaire (art. 279, I. cr.).

Il est personnellement chargé de l'exercice de l'action

publique auprès de la Cour d'appel et des Cours d'assises du ressort.

Treilhard, rapporteur du projet du Code d'instruction criminelle, disait, au Corps législatif, en parlant du procureur général : « Il est l'homme du gouvernement; c'est son agent immédiat; c'est lui qui le représente dans toutes les affaires où le domaine de l'État est intéressé. Investi de sa confiance, c'est de son concours avec les Cours d'appel qu'il attend le succès des nouvelles lois qu'il donne à la France, le repos et la sûreté de la grande famille; ministre puissant et sévère, il doit être l'asile de l'innocence et la terreur des méchants; il doit assurer le règne des lois en signalant tous les abus qui pourraient les altérer.

« Les substituts du procureur général exercent les mêmes pouvoirs que lui, mais sous sa direction spéciale, car l'unité de ce ministère en fait la force et le principe, et son action, pour être bienfaisante et salutaire, doit être constamment la même. »

Si le procureur général est l'agent du gouvernement, il est aussi le représentant de la société. Comme agent du gouvernement, il est placé sous les ordres du Ministre de la Justice, qui est à son égard l'organe du pouvoir exécutif : il exécute ses instructions, le consulte dans toutes les affaires qui l'embarrassent, lui rend compte de ses actes. Comme représentant de la société, il remplit, sous sa propre responsabilité, la mission légale dont il est chargé : il agit en vertu de la délégation qu'il a reçue.

Le procureur général a, sous son autorité immédiate, des avocats généraux et des substituts. Les attributions des premiers sont réglées par les articles 6, 42 et 47 de la loi du 20 avril 1810. Ils n'ont pas d'autorité personnelle et n'exercent l'action publique qu'en vertu d'une délégation expresse ou

tacite (art. 42). Leur rôle principal consiste à porter la parole aux audiences de la Cour d'appel et de la Cour d'assises : ils remplacent le procureur général en cas d'absence et sont eux-mêmes, le cas échéant, remplacés par les substituts du procureur général. Aux termes de l'article 48 du décret du 6 juillet 1810, ils doivent communiquer au procureur général les conclusions qu'ils se proposent de donner. S'ils ne sont pas d'accord avec lui, l'affaire est soumise à l'assemblée du Parquet et les conclusions sont prises à l'audience, conformément à ce qui a été arrêté à la majorité des voix. En cas de partage, l'avis du procureur général prévaut : ce magistrat peut aussi, lorsque son avis n'a pas prévalu au Parquet, porter lui-même la parole à l'audience et conclure suivant son opinion (art. 49).

Les substituts du procureur général assistent le procureur général dans le service intérieur du Parquet : ils sont chargés du service près la chambre d'accusation et remplacent les avocats généraux lorsque ceux-ci sont empêchés.

Les procureurs de la République sont aussi des substituts du procureur général. Ils sont les chefs du Parquet de l'arrondissement ; à la différence des autres substituts du procureur général, ils puisent dans leur propre qualité le droit d'agir. Ils doivent toutefois consulter le procureur général dans les affaires importantes (art. 279, I. cr.). Ils sont soumis à la surveillance de ce magistrat et doivent obéir à sa direction. Mais, dit Mangin, « le procureur général n'a qu'un droit de direction purement administrative qui n'agit ni sur la validité ni sur l'omission des actes qui sont de la compétence du procureur de la République. » Ils sont chargés de la recherche et de la poursuite des délits dont la connaissance appartient aux tribunaux de police correctionnelle et à la Cour d'assises. C'est à eux que les plaintes,

les dénonciations et les procès-verbaux doivent être adressés (art. 31, 53, 63, 274). Ils saisissent, par la citation donnée au prévenu, les tribunaux correctionnels (art. 182), inter-jettent appel de leurs jugements.

Comme les procureurs généraux, ils sont revêtus d'un double caractère : ils sont les agents du pouvoir exécutif, puisqu'ils sont les substituts du procureur général et qu'ils sont placés sous ses ordres ; ils sont les représentants de la société, puisque l'action publique leur a été directement déléguée (F. Hélie).

— Les substituts du procureur de la République participent, sous la direction de ce magistrat, à l'exercice de l'action publique. Ils l'assistent dans le service intérieur du Parquet, portent la parole à l'audience. Ils ont, dans leurs conclusions orales, leur entière indépendance.

— Près des tribunaux de simple police, les fonctions du Ministère public sont remplies par les commissaires de police ; à leur défaut, soit par un suppléant du juge de paix, soit par le maire, ou un adjoint désigné à cet effet par le procureur général.

Ces officiers du Ministère public ne sont pas les substituts du procureur de la République. L'art. 144, I. cr., leur délègue directement et personnellement l'exercice de l'action publique ; ils sont toutefois placés sous la surveillance du procureur général (art. 144, I. cr.).

Des auxiliaires du procureur de la République.

Pour que le Ministère public puisse agir, il faut que quelques indices lui révèlent l'existence de l'infraction. Porter ces indices à sa connaissance, telle est l'œuvre de la police

judiciaire. « La police judiciaire recherche les crimes, les délits et les contraventions, en rassemble les preuves et en livre les auteurs aux tribunaux chargés de les punir » (art. 8). L'art. 9, I. cr., nous donne la liste des personnes par qui elle est exercée. « La police judiciaire sera exercée sous l'autorité des Cours d'appel et suivant les distinctions qui vont être établies : par les gardes champêtres et les gardes forestiers, par les commissaires de police, par les maires et les adjoints de maire, par les procureurs de la République et leurs substituts, par les juges de paix, par les officiers de gendarmerie, par les commissaires généraux de police (supprimés en 1815) et par les juges d'instruction » (art. 9, I. cr.).

Il ne faut pas croire qu'il y ait égalité, concurrence entre les divers officiers énumérés dans cet article 9. Il y a des différences : 1° au point de vue de la compétence territoriale. Ainsi les maires et commissaires de police ne sont compétents que dans l'étendue de la commune à laquelle ils sont attachés. Les procureurs de la République le sont dans tout l'arrondissement. 2° Au point de vue de la nature de leurs fonctions. Quelques-uns agissent en vertu d'une mission qui leur est propre, d'autres, en qualité d'auxiliaires : tels sont, les commissaires de police, les maires. Enfin, parmi ces officiers, il en est qui sont à la fois agents administratifs et agents judiciaires. Comme officiers de police judiciaire, ils relèvent non plus de leurs supérieurs administratifs, mais du procureur général.

Le cercle des officiers auxquels ont été confiées ces fonctions de police judiciaire, était très restreint en 1791 : il a toujours été s'agrandissant.

Ainsi, par exemple, sous l'empire du Code de 1791, ces fonctions étaient concentrées exclusivement entre les

maines des juges de paix et des officiers de gendarmerie.

Actuellement, en matière criminelle et correctionnelle, la police judiciaire est dirigée, dans chaque arrondissement, par le juge d'instruction et le procureur de la République⁽¹⁾. La loi leur associe les juges de paix, les commissaires de police, les maires et adjoints, les officiers de gendarmerie. Ces fonctionnaires peuvent, dans les mêmes cas que le procureur de la République, faire les actes de la compétence de ce magistrat, soit qu'ils aient été expressément délégués par lui pour les faire, soit qu'ils prennent l'initiative de ces actes (Garraud).

Attributions du procureur de la République en matière de police judiciaire. — Les attributions de ce magistrat sont distinctes, suivant qu'il s'agit d'un délit flagrant ou d'un délit non flagrant. Dans ce dernier cas, ses attributions sont assez restreintes. Elles comprennent la recherche et la poursuite. La recherche consiste, nous le savons, à faire tous les actes qui ont pour but de s'enquérir des infractions qui ont pu être commises, à recevoir les avis, les dénonciations, les plaintes et les procès-verbaux. La poursuite consiste à requérir le juge d'instruction d'informer.

En cas de flagrant délit, le Ministère public réunit temporairement aux pouvoirs de la poursuite, le pouvoir de l'instruction. Arrêtons-nous un instant sur les droits que la loi lui a conférés : les attributions exceptionnelles qu'il a, en l'espèce, se rapportent à trois sortes d'actes : 1° constatation du corps du délit ; 2° arrestation de l'inculpé ; 3° visites domiciliaires ; saisies.

1° Constatation du corps du délit. — Le procureur de la

(1) Inst. cr., art. 22, 59 et 60.

République doit se transporter sur les lieux sans retard, et en donner avis au juge d'instruction (I. cr., art. 32, § 2).

Il peut agir comme juge et faire les premiers actes de l'instruction. Il reçoit les déclarations des personnes présentes sur le lieu du crime et consigne, dans un procès-verbal, les renseignements qui lui sont fournis. Les personnes ainsi appelées n'ont pas de serment à prêter.

2° Arrestation de l'inculpé. — Aux termes de l'article 40 (§§ 1 et 2), « le procureur de la République, au cas de flagrant délit, et lorsque le fait sera de nature à entraîner peine afflictive ou infamante, fera saisir les prévenus présents, contre lesquels il existerait des indices graves. Si le prévenu n'est pas présent, le procureur de la République rendra une ordonnance à l'effet de le faire comparaître : cette ordonnance s'appelle mandat d'amener. » Il peut retenir l'inculpé sous mandat de dépôt, au cas de flagrant délit (L. 20 mai 1863, art. 1), procéder à des perquisitions dans le domicile du prévenu.

Dans le cas de flagrant délit, l'article 49, Instr. crim., confère aux auxiliaires du procureur de la République, les mêmes attributions qu'à ce magistrat (droit de dresser les procès-verbaux, de recevoir les déclarations des témoins, de procéder à des visites domiciliaires).

Les motifs qui ont déterminé le législateur à apporter une exception aussi importante au principe de la séparation des pouvoirs d'instruction et de poursuite, sont faciles à saisir. L'intérêt public commande que l'on s'empresse de recueillir les preuves et les indices de l'infraction que le moindre retard pourrait faire disparaître et que l'on s'assure promptement de la personne de l'inculpé.

Attributions du juge d'instruction. — Comme officier de police judiciaire, ce magistrat a la plénitude des pouvoirs.

Les autres officiers ne les exercent que dans certains cas et en vertu d'une délégation particulière de la loi. Il est chargé de faire tous les actes qui précèdent la mise en prévention de l'inculpé; il reçoit les plaintes des parties, se transporte sur le lieu où le crime ou délit a été commis, procède aux visites domiciliaires, délivre contre l'inculpé mandat utile. Dès qu'il est présent sur les lieux, il frappe d'incompétence tous les autres officiers de police judiciaire. Il peut refaire les actes qui ne lui paraîtraient pas complets (art. 60, I. cr.).

En cas de flagrant délit, il doit ouvrir directement l'information, sans même avoir été saisi par le procureur de la République, tandis que dans les autres cas il ne peut ouvrir d'office une procédure.

APPENDICE.

1° Des rapports du juge d'instruction et du Ministère public.

L'instruction participe à la fois de l'action et du jugement. On conçoit, sans doute, l'avantage d'en confier les fonctions au Ministère public. La réunion dans les mêmes mains des pouvoirs de rechercher, de poursuivre et d'informer, assure une mainmise immédiate de la justice sur l'auteur présumé de l'infraction. Mais un tel système ne donne pas de garanties suffisantes aux intérêts de l'inculpé. Le plus souvent, celui qui poursuit se forme par là même une opinion à l'avance. Il n'a pas l'impartialité qui convient au magistrat instructeur.

Le concours de deux magistrats est une garantie pour

l'inculpé et pour la société. Les chances d'erreur sont diminuées par le contrôle que chacun des deux collaborateurs exerce sur l'autre. Telle a été probablement la pensée des rédacteurs du Code de 1808, quand ils ont déterminé l'étendue des fonctions du procureur de la République et du juge d'instruction. L'indépendance de l'un et de l'autre est absolue. Cependant comme les actes du magistrat instructeur influent sur le résultat de l'action publique, il est juste que les officiers du Ministère publics puissent exercer leur contrôle sur ces actes. Les droits de communication, de réquisition, d'opposition sont organisés dans ce but.

Nous allons examiner successivement quels sont les rapports du juge d'instruction et du Ministère public : 1° au début de l'information ; 2° au cours de l'information ; 3° à la fin de l'information.

1° *Au début de l'information.* — Le procureur de la République, lorsqu'il a connaissance d'une infraction, *doit*, s'il s'agit d'un crime, *peut*, s'il s'agit d'un délit, requérir le juge d'instruction d'ouvrir une information (art. 47). Le réquisitoire introductif vise le procès-verbal ou la plainte, énonce le titre de l'inculpation, articule les faits incriminés et cite les articles de loi qui les punissent.

Le juge d'instruction saisi par les réquisitoires d'information a le droit de clore immédiatement la procédure, sans faire aucun acte d'instruction, s'il reconnaît qu'il n'y a pas d'infraction, ou que l'action publique est éteinte, ou qu'elle n'est pas recevable actuellement. Il rend une ordonnance de non-lieu contre laquelle le Ministère public peut faire opposition, s'il s'y croit fondé.

La partie du projet de réforme du Code d'instruction criminelle adoptée par le Sénat et la commission de la

Chambre des députés décide que dans les différents cas que nous venons de citer, le juge d'instruction peut, avant tout acte d'instruction, déclarer par ordonnance motivée, qu'il n'y a pas lieu de poursuivre.

— Le juge d'instruction, une fois saisi par le Ministère public, ne peut être dessaisi que par l'évocation et se dessaisir que par un acte épuisant sa compétence; le procureur de la République ne peut plus, par conséquent, saisir le tribunal correctionnel après qu'il a transmis au magistrat instructeur son réquisitoire introductif.

2° *Au cours de l'information.* — Aux termes de l'article 61, Instr. crim., le procureur de la République peut requérir, à toutes les époques de l'information, communication de la procédure. Le juge d'instruction doit faire droit à toutes les réquisitions tendant à la communication; les circulaires recommandent aux agents du Ministère public une grande circonspection, en l'espèce. Ils ne doivent pas « faire marcher l'instruction à coups de réquisitoires. » Chargés de veiller à ce que la procédure soit rapide, il importe qu'ils ne l'entravent pas inutilement.

— Suivant un principe qui n'est pas contesté, le juge, une fois saisi de l'action publique, est maître de l'instruction et prend telles mesures qui lui paraissent utiles, mais il ne doit pas s'ingérer dans la poursuite. Le fait d'inculper de nouveaux auteurs constitue-t-il un acte d'ingérence? Nous ne le croyons pas. En effet, l'action publique étant, comme on l'a dit, « *in rem* » et non « *in personam*, » il nous semble que le magistrat instructeur doit faire la lumière la plus grande sur les faits qui sont soumis à son examen. L'article 61, Instr. crim., par. 2, lui donne le droit de décerner des mandats contre les inculpés, sans que l'intervention du Ministère public soit nécessaire; nous croyons

qu'à *fortiori* il a le droit d'inculper : le droit d'arrestation suppose, en effet, celui d'inculpation.

Mais qu'arrivera-t-il si, au cours de l'information, le juge découvre, à la charge de l'inculpé, non pas des faits constituant des circonstances aggravantes (dans ce cas, il aurait nécessairement la plus entière liberté), mais des faits distincts?

La jurisprudence s'est prononcée contre l'opinion professée par MM. Faustin Hélie et Mangin. D'après ces auteurs, le juge d'instruction ne pouvant commencer une procédure, hors le cas de flagrant délit, sans en avoir été requis par le procureur de la République, il s'ensuit, semble-t-il, qu'il n'a pas le droit de faire porter l'instruction sur les crimes et délits qui, ne figurant pas au réquisitoire introductif, lui sont révélés au cours de la procédure, qu'il doit porter ces faits à la connaissance du Ministère public et attendre ses réquisitions. M. Duverger ⁽¹⁾ adopte un système contraire auquel nous nous rangeons. A son avis, le juge d'instruction, requis d'informer contre un prévenu, doit réunir tous les éléments nécessaires à son jugement, tant sous le rapport de la matérialité des faits que sous le rapport de la moralité de l'individu, ce qui le met dans le cas d'explorer toute la conduite antérieure de l'inculpé, d'explorer tous les actes mis à sa charge, sauf au Ministère public, quand la procédure est en état, à prendre relativement aux faits nouveaux tel parti qu'il convient. Ainsi le commandent les exigences de la pratique et la nécessité d'éviter d'incessantes communications au Ministère public qui entraveraient à chaque instant la procédure. — La Cour de Rennes s'est prononcée dans ce sens (arrêt du 3 novembre 1887, D. P. 1888.2.233).

(1) *Manuel des juges d'instruction.*

— Au cours de l'information, quand le juge d'instruction se transporte sur les lieux, il doit être accompagné du procureur de la République. Si celui-ci refuse de se transporter, le juge peut, malgré tout, procéder valablement. En prévision de ce refus, il est bon qu'il rende une ordonnance de transport et ne se contente pas de donner un simple avis.

Le juge d'instruction peut décerner les mandats de comparution, d'amener et de dépôt sans prendre les conclusions du Ministère public. — Ces conclusions sont, au contraire, nécessaires pour le mandat d'arrêt. Ajoutons que le magistrat instructeur a, dans ce cas, la faculté de ne pas faire droit aux réquisitions du procureur de la République.

— Le juge d'instruction ne peut donner mainlevée du mandat de dépôt et du mandat d'arrêt, si le Ministère public ne prend pas de conclusions conformes.

3° *A la fin de l'information.* — Aux termes de l'article 127, I. cr. : « Aussitôt que la procédure sera terminée, le juge d'instruction la communiquera au procureur de la République qui devra lui adresser ses réquisitions dans les trois jours. »

Le magistrat instructeur rend une ordonnance de *soit communiqué* et transmet la procédure au Ministère public. Celui-ci doit la lui rendre, dans un délai de trois jours, avec son réquisitoire définitif. Ce réquisitoire peut tendre soit au renvoi du prévenu devant la juridiction compétente, soit au non-lieu, soit à un supplément d'information. Il ne lie pas le juge.

2° *Conflits entre le juge d'instruction et le Ministère public.*

Nous avons dit que les réquisitoires du Ministère public ne liaient pas le juge d'instruction. Ce magistrat serait donc

omnipotent si le Ministère public n'avait le pouvoir, en faisant opposition, de soumettre le conflit à la chambre des mises en accusation. Ce droit appartient : 1° au procureur de la République, qui exerce l'action publique et contrôle les actes d'instruction ; 2° au procureur général. Le premier a un délai de vingt-quatre heures, le deuxième un délai de dix jours, qui courent du jour de l'ordonnance.

La confusion des pouvoirs de poursuite et d'instruction existe aujourd'hui dans le cas de flagrant délit. Cependant les droits conférés au juge d'instruction et au procureur de la République ne sont pas identiques. L'accroissement des pouvoirs de ce dernier n'a lieu que dans le cas où le fait constitue un crime (art. 32, I. cr.). Nous avons vu plus haut quels étaient ces pouvoirs. Il est bien entendu que, si les deux magistrats s'étaient transportés ensemble sur les lieux, chacun d'eux se serait renfermé dans ses fonctions.

Au cas de flagrant délit, le juge d'instruction réunit, nous le savons, les pouvoirs du procureur à ceux qui lui sont propres : le flagrant délit n'a d'autre effet que de supprimer la nécessité des réquisitions et de l'autoriser à entendre les témoins sans citation, à faire saisir les prévenus sans mandat, à exécuter lui-même ses ordonnances.

SECTION II.

DES ADMINISTRATIONS QUI PARTICIPENT A L'EXERCICE DE L'ACTION PUBLIQUE.

La loi a attribué à quelques administrations publiques le droit de poursuivre directement les délits et contraven-

tions qui blessent les intérêts qu'elles sont chargées de conserver. C'est une délégation partielle de l'action publique. Les administrations en possession de ce droit sont celles des contributions indirectes, des douanes, des forêts, des postes et des ponts et chaussées.

1° *Administration des contributions indirectes.* — Aucun texte formel ne donne à l'administration des contributions indirectes l'exercice de l'action publique, mais son droit résulte de l'ensemble des dispositions de la législation. L'article 23 de l'arrêté du 5 germinal an XII et l'article 10 de l'ordonnance du 3 janvier 1821 lui permettent de transiger sur les contraventions fiscales passibles d'amendes et de confiscation : on en a conclu, à juste titre, qu'ils lui donnaient le droit de poursuivre l'application de ces peines. D'ailleurs, l'article 34 du décret du 1^{er} germinal an XII qualifie cette administration de partie poursuivante : « la confiscation sera prononcée sans amende sur les conclusions du poursuivant ou du procureur général. » L'article 13 de la loi du 11 juin 1873 ne nous laisse plus aucun doute « lorsque....., ils mettront l'administration en mesure d'exercer des poursuites contre les véritables auteurs de la fraude. »

Le Ministère public partage-t-il, avec l'administration des contributions indirectes, le droit de poursuite? La jurisprudence distingue suivant que l'infraction donne lieu à l'application de peines pécuniaires ou de peines corporelles. Dans le premier cas, l'initiative des poursuites appartient exclusivement à l'administration. Dans le deuxième cas, l'article 15 de la loi du 21 juin 1873 confère au Ministère public seul l'exercice de l'action publique, mais uniquement en ce qui concerne la peine corporelle. L'administration intervient au cours des débats et prend des conclusions au

sujet des réparations pécuniaires. Si le Ministère public se refuse à poursuivre, l'administration a la faculté de citer directement le délinquant devant le tribunal, mais elle n'obtiendra que des peines pécuniaires (Cass., 11 décembre 1875, S. 76. 1. 93).

2° *Administration des douanes.* — L'administration des douanes est régie par les mêmes règles que celle des contributions indirectes; elle a les mêmes privilèges et la même action. Ce droit est établi par la loi des 16-22 août 1791, article 7; par les articles 3 et 4 de la loi du 5 août 1793; les articles 14 et 18 de la loi du 4 floréal an II; 5 et 6 de la loi du 4 fructidor an III, l'article 6 de la loi du 9 floréal an VII. — A côté du droit de poursuite attribué à l'administration se trouve le droit du Ministère public. Les lois des 6-22 août 1791 reconnaissent à l'administration des douanes le droit de poursuivre devant le juge de paix les contraventions commises en matière de douane; elles sont muettes sur le pouvoir qu'a, en l'espèce, le Ministère public, tandis que les lois de 1816 et 1818 en parlent quand il s'agit de délits. La Cour de cassation a rendu, le 21 novembre 1828, un arrêt faisant ressortir les droits de la Régie et du Ministère public. « Le Ministère public est toujours partie principale et a qualité pour procéder, par voie d'action, dans toutes les affaires de douanes de la compétence des tribunaux correctionnels. » D'après la jurisprudence, l'action de l'administration est directe et principale dans toutes les affaires qui ne donnent lieu qu'à des amendes et confiscations : elle redevient purement civile et dès lors accessoire, lorsque la contravention est passible de la peine d'emprisonnement (F. Hélie) : « Attendu que la peine d'emprisonnement est une peine corporelle dont l'application ne peut être poursuivie que par les fonctionnaires chargés de

l'exercice de l'action publique, et que l'administration des douanes n'a d'action que relativement aux condamnations qu'il peut y avoir lieu de prononcer dans son intérêt particulier » (Cass., 23 février 1811).

Cependant, dans la pratique, la Régie transige même sur des faits donnant lieu à une peine d'emprisonnement. Elle arrête donc, par sa transaction, l'action publique. D'un autre côté, le Ministère public, en vertu de son droit général, peut requérir condamnation et jugement sur des condamnations n'emportant que des peines pécuniaires, tant qu'il n'est pas justifié d'une transaction définitive. Il y a donc là une confusion des attributions qui est la conséquence directe du droit de transaction et du droit d'exercice de l'action publique accordés à l'administration. D'après M. Faustin Hélie, voici quels sont les rôles respectifs de la Régie et du Ministère public. « L'administration des douanes n'est qu'une partie civile à qui la loi a attribué, dans l'intérêt du Trésor, le droit de poursuivre la répression de certains faits de fraude. Elle exerce donc partiellement l'action publique en ce qu'elle requiert, à l'égard de ces faits, l'application des peines légales. Mais le Ministère public qui exerce cette action tout entière comprend nécessairement dans ses attributions l'attribution partielle qui a été déléguée à la Régie, puisque la loi ne l'en a pas formellement exclu. Les condamnations que la Régie requiert, il pourrait donc les requérir, et ce n'est que pour suppléer à son intervention et non pour la remplacer, que l'administration a été investie de ce pouvoir exceptionnel » (F. Hélie, *Instruction criminelle*).

3° *Administration forestière*. — Cette administration exerce, concurremment avec le Ministère public, l'action publique pour la répression des délits et contraventions. Son

droit est plus étendu. Les agents forestiers peuvent requérir non seulement l'application des peines pécuniaires, mais encore l'application des peines corporelles, et transiger, avant le jugement, sur les infractions. La Cour de cassation leur a reconnu ce droit dans un arrêt du 8 mai 1835 : « Attendu qu'il résulte de la combinaison des articles 182 et 202, I. cr., 159-171, 184 du Code forestier, que l'administration forestière exerce les poursuites en raison de tous les délits forestiers : que cette action comprend nécessairement l'application des peines encourues par les délinquants, aussi bien que la condamnation aux dommages-intérêts et à la restitution. »

4° *Administration des ponts et chaussées.* — Aux termes de l'article 36 de la loi du 15 avril 1829, « le gouvernement a la surveillance et la police de la pêche, dans l'intérêt général... Les agents spéciaux par lui institués exercent concurremment avec les officiers du Ministère public toutes les poursuites et actions en réparation de délit. » Les droits de l'administration et du Ministère public sont donc les mêmes dans les deux cas.

Les poursuites sont exercées au nom de l'administration des ponts et chaussées (Circulaire du garde des sceaux, 6 mars 1863).

5° *Administration des postes.* — La loi des 4 juin-6 juillet 1859 règle la matière : aux termes de son article 9, *in fine*, « la poursuite des contraventions est exercée à la requête de l'administration des postes, qui a le droit de transiger. » Comme la loi précitée ne contient aucune disposition retirant au Ministère public son droit de poursuite, il conserve ses pouvoirs dans toute leur plénitude, sauf le cas d'une transaction intervenue entre l'administration et le délinquant (*Sic*, arrêt Cour d'Angers, D. 1866, 2. 156).

CHAPITRE III.

CARACTÈRES GÉNÉRAUX DU MINISTÈRE PUBLIC.

Six grands traits caractérisent le Ministère public en France : l'unité, l'indivisibilité, l'amovibilité, l'irrécusabilité, l'irresponsabilité, l'indépendance.

1° *Unité.* — Cette unité consiste en ce que tous les membres qui composent le Ministère public obéissent à une direction unique et remplissent les mêmes fonctions sous la même responsabilité. La loi, en plaçant à la tête du Ministère public, dans le ressort de chaque Cour d'appel, un procureur général, en soumettant ensuite tous les procureurs généraux à la direction du garde des sceaux, a voulu donner pour base à cette institution le principe de l'unité.

Le garde des sceaux occupe le sommet de l'échelle hiérarchique : l'impulsion part de lui et se propage en imprimant le mouvement à tous les officiers du Ministère public. Il a un droit de surveillance qu'il exerce en demandant compte aux procureurs généraux de la manière dont la justice est administrée. Il a enfin un pouvoir de discipline pour réprimer les écarts de conduite, les abus du pouvoir propre, l'insubordination qui nuit à l'administration de la justice. Son pouvoir peut aller jusqu'à la révocation :

celle-ci est prononcée par décret, sur la proposition du Ministre.

Après le garde des sceaux vient le procureur général près la Cour de cassation, à qui est confiée la surveillance des procureurs généraux près les Cours d'appel, quoique ces magistrats ne soient pas ses substituts (Sénatus-consulte du 28 floréal an XII, art. 136). Cette surveillance, dont le mode et l'étendue n'ont été déterminés par aucun règlement, se borne à des avis que ce haut magistrat peut adresser aux procureurs généraux et à des rapports au garde des sceaux sur des abus qu'il a pu remarquer.

Le procureur général, près chaque Cour, a, dans son ressort et sous l'autorité et la surveillance du garde des sceaux, la direction supérieure de l'action publique. Ses substituts, parmi lesquels se trouvent les procureurs de la République, ne participent à ses fonctions que comme ses représentants (Loi 20 avril 1810, art. 6, 43, 47). Mais les procureurs de la République ont un double caractère : comme substituts du procureur général, pour l'exercice de l'action publique, ils sont tenus d'exécuter les ordres de leur chef et de suivre la direction qu'il leur donne : mais c'est de la loi même qu'ils tiennent la délégation directe de l'action publique pour la poursuite des infractions dans leur arrondissement : ils l'exercent en leur propre nom et en sont personnellement investis (C. inst. crim., art. 22).

C'est donc le procureur général qui régularise la marche de la justice dans tout son ressort : il sait ce qui s'y passe par les rapports de ses substituts et peut ainsi lui-même en rendre compte à son supérieur. — Investi de l'exercice et de la direction de l'action publique, il doit l'exercer et la diriger sous sa responsabilité. Il n'a pas à attendre les instructions du Ministre, mais à prendre parti. D'ailleurs,

placé sur les lieux et en présence des événements, il est plus à même de savoir à quelle décision il y a lieu de s'arrêter. Mais, comme ses actes engagent la responsabilité du gouvernement qu'il représente, il doit en informer le Ministre et lui faire connaître les motifs qui l'ont guidé. S'il reçoit des instructions du garde des sceaux, il les transmet à ses substituts près les tribunaux de première instance et leur indique la marche qu'ils auront à suivre pour en assurer l'exécution.

Ainsi, la direction de tous les Parquets, bien que les procureurs généraux en soient les chefs responsables, a pour point d'appui et pour centre la direction du Ministère lui-même. C'est ainsi que l'action publique, bien qu'elle n'appartienne pas au gouvernement, s'exerce sous sa haute surveillance et subit l'impulsion qu'il lui imprime ⁽¹⁾. C'est pour assurer l'unité du Ministère public que le procureur général a la direction de l'action publique dans l'étendue de son ressort et que les procureurs de la République sont placés parmi ses substituts, bien que la loi leur ait délégué directement l'action publique. Mais ces derniers, investis d'un pouvoir propre pour la poursuite des infractions (art. 274-22-9, C. instr. cr.), peuvent agir sans en avoir reçu l'ordre, et l'action publique, même dans ce cas, est régulièrement intentée.

« C'est par ce moyen que la marche de tous les procureurs généraux et, par conséquent, de toute la partie active de la justice, est dirigée vers un seul et même but et qu'on peut proclamer comme une vérité de fait ce qui n'était qu'une vérité de droit : que le Ministère public est un ⁽²⁾. »

(1) F. Hélie.

(2) Meyer, *Institution judiciaire*, tome IV, p. 430.

2° *Indivisibilité*. — Le Ministère public n'est pas seulement un : il est encore indivisible. Ceci ne signifie pas « que tous les procureurs généraux, que tous les procureurs de la République peuvent agir indifféremment, faire des actes de poursuite dans une affaire criminelle, que ce qui est fait par l'un est censé fait par l'autre : que tous les officiers du Ministère public du ressort d'une Cour d'appel ont le même caractère, la même compétence : que les actes faits par un membre du Parquet lient les autres ⁽¹⁾. » En effet, chaque officier du Ministère public ne peut agir que dans l'étendue de son ressort et dans la limite de ses attributions.

Cette règle, « le Ministère public est un, » signifie que chacun des membres du Parquet, lorsqu'il exerce ses fonctions, représente l'institution même. Lorsqu'un magistrat du Parquet parle ou agit, ce n'est point l'homme personnellement, mais le Ministère public qui parle ou agit : « Sous ce rapport, dit M. Faustin Hélie, le Ministère public est vraiment indivisible, car il est délégué tout entier dans les limites de la compétence de chaque juridiction à chacun des officiers qui l'exercent. » Notre règle exprime donc le caractère essentiel du Ministère public ; elle fait considérer l'action publique comme l'expression d'une volonté commune, comme l'action de la société elle-même. Ainsi, l'acte de poursuite d'un procureur de la République, qui ne serait celui ni du lieu du délit, ni du lieu du domicile du prévenu, ni du lieu où celui-ci a été arrêté, est illégal. Ce magistrat ne représente pas les officiers du Ministère public qui sont compétents. De même que dans une association en nom collectif, chaque associé qui se sert de la signature sociale, engage la personne morale de la société, de même, tout acte fait dans la mesure de ses pouvoirs par un des officiers du

(1) Mangin, *Action publique*.

Ministère public composant le Parquet, est réputé fait par le Parquet entier.

Différentes conséquences résultent du principe de l'indivisibilité :

1° Les membres d'un même Parquet se représentent et se substituent les uns les autres. Ainsi, par exemple, pour satisfaire à la loi qui exige la présence du Ministère public, il n'est pas nécessaire que ce soit le même magistrat du Parquet qui assiste à toutes les audiences ⁽¹⁾. Un substitut peut requérir l'application de la peine dans une affaire, lors même qu'un de ses collègues aurait, lors des débats, occupé le siège du Ministère public ⁽²⁾. — La Cour de cassation a même été plus loin dans un arrêt du 15 janvier 1829, et a décidé que le Ministère public étant indivisible, il ne pourrait résulter de nullité de ce que deux membres du Parquet auraient alternativement porté la parole dans la même affaire.

2° Chaque membre du Parquet est apte à faire tous les actes que le chef du Parquet a le pouvoir de faire. Cette aptitude n'implique pas le pouvoir propre. Les avocats généraux et les substituts du procureur général sont de simples délégués (art. 47, loi 20 avril 1810). La question est cependant controversée en ce qui concerne les substituts du procureur de la République : on soutient qu'ils ont un pouvoir propre en vertu des articles 9, Code I. cr., et 43, loi du 20 avril 1810. Mais ces textes ne sont pas suffisamment explicites, et ils sont d'ailleurs contredits par l'article 22 du Code I. cr. (qui accorde au procureur de la République le pouvoir propre), combiné avec l'article 26 qui le confère, en cas d'empêchement de ce magistrat au

(1) Cassation arrêt du 15 décembre 1815.

(2) Civ. rejet, 6 avril 1827 et Cass., 10 mai 1875, S. 75. 1. 292.

substitut le plus ancien. D'après certains auteurs, cette controverse est sans intérêt, car disent-ils, si le procureur de la République est présent, sa volonté est la règle, et s'il est absent ou empêché, son substitut peut faire les actes à sa place. Mais l'objection repose sur une pétition de principes. Il est inexact de dire que si les substituts ont un pouvoir propre, la volonté du procureur de la République est la règle. Si celui-ci ne veut pas agir, les substituts pourront faire un acte de poursuite malgré son opposition. Ils auront les uns à l'égard des autres la même situation que les procureurs de la République vis-à-vis du procureur général. Aussi certains auteurs, logiques, dans leur déduction, admettent que sur le refus du procureur de la République de faire un acte, on peut s'adresser à son substitut.

Cette théorie que les membres du Ministère public n'ont aucune suprématie les uns à l'égard des autres est mal fondée. Elle détruit toute la hiérarchie des Parquets. Le procureur de la République est appelé chef de Parquet : ceci implique nécessairement l'idée de suprématie.

Les arrêts rendus par la Cour de cassation (19 février et 3 septembre 1829) ⁽¹⁾ ne paraissent pas, dit avec raison M. Mangin, reproduire la véritable idée de cette Cour, et il ne faut pas attribuer à leurs motifs la même autorité qu'à leur dispositif.

3° Il résulte encore du principe de l'indivisibilité du Ministère public, qu'un substitut peut interjeter appel d'un jugement au même titre que le procureur de la République et même au nom du procureur général, dans les délais ac-

(1) Attendu qu'aux termes de l'article 43 de la loi du 20 avril 1810, les fonctions du Ministère public sont exercées par les substituts du procureur du roi, comme par le procureur du roi lui-même.....

cordés à celui-ci par l'article 202, C. instr. crim. (Cassation, 7 décembre 1833).

3° *Amovibilité*. — Le privilège de l'inamovibilité dont jouissaient les officiers du Ministère public sous l'ancienne monarchie ne leur a pas été reconnu par la Constitution de l'an III, et n'a pas été rétabli par les lois postérieures sur l'organisation judiciaire.

On a beaucoup discuté la question de savoir si l'inamovibilité ne devait pas être étendue aux membres du Parquet. Des auteurs se déclarent partisans de l'affirmative⁽¹⁾; d'autres, et les plus nombreux, se prononcent pour la négative⁽²⁾. C'est à cette dernière opinion que nous croyons devoir nous rallier.

Autant l'indépendance des juges est nécessaire pour la conservation de la liberté, des droits et des garanties des citoyens, autant l'influence de toute autre branche de l'autorité sur l'ordre judiciaire est subversive de l'ordre social, autant, au contraire, la dépendance du Ministère public est dans les convenances et utile aux intérêts des citoyens. On ne conçoit pas que celui qui porte la parole au nom du gouvernement soit indépendant de ses ordres et puisse émettre des opinions, professer des doctrines opposées à celles de ce dernier : autant vaudrait-il permettre à l'avocat d'une partie de faire des demandes contraires aux vœux de ses clients que de laisser au Ministère public concluant ou requérant au nom de la société la faculté de s'écarter des instructions de celle-ci. Le gouvernement, comme le particulier, doit avoir le droit de désavouer son représentant lorsqu'il a agi contre sa volonté. L'officier du Ministère public

(1) Ortolan et Ledeau.

(2) Meyer.

peut obéir à sa conscience et ne pas exécuter les ordres qu'il a reçus : mais alors il doit se démettre de ses fonctions. A ce dernier point de vue , l'amovibilité est le corollaire du principe d'unité que nous avons examiné plus haut. Nous avons vu qu'il fallait que les magistrats du Parquet ressortissent à quelques fonctionnaires supérieurs qui , à leur tour , reçoivent leur impulsion première d'un seul et même chef.

Ceux qui professent l'opinion contraire prétendent qu'il faut entendre d'une façon différente le titre d'agent du pouvoir exécutif qu'on donne aux membres du Parquet. Ceux-ci sont bien agents du pouvoir exécutif, disent-ils, mais comme partie intégrante de l'ordre judiciaire, et l'inamovibilité de cet ordre est un principe fondamental. Ils en concluent que ces magistrats doivent, par conséquent, être inamovibles. Cette déduction nous semble un peu hasardée. On ne peut établir de comparaison entre le rôle du juge et celui de l'officier du Ministère public. Ce dernier représente, dans l'ordre judiciaire, la partie active, le bras du Gouvernement. C'est lui qui doit demander au juge l'application de la loi dans le sens qui lui a été indiqué. Il appartient au juge d'apprécier si les demandes formées au nom du Gouvernement peuvent être accueillies : c'est pour cette raison qu'on l'a créé inamovible.

Ces auteurs insistent et disent que si, en matière civile, l'action du pouvoir sur le Ministère public ne peut se faire sentir, il n'en est pas de même en matière pénale. L'action publique, loin d'être pour les citoyens un gage de sécurité, devient pour eux un motif d'inquiétude et de défiance. Cet argument n'est pas sérieux. L'officier du Ministère public est irresponsable, il est vrai ; mais au cas de poursuite vexatoire, il peut être pris à partie (art. 483, I. cr.), et être condamné à des dommages-intérêts,

Ajoutons qu'on ne discute plus guère aujourd'hui cette question, et qu'on pense presque universellement que l'action publique, étant un des attributs du Gouvernement, ne doit pas être déléguée irrévocablement. D'ailleurs, l'inamovibilité n'est pas toujours un gage de l'indépendance de ceux qui en jouissent; elle est sans danger, elle est désirable chez un juge, parce qu'isolé, celui-ci a peu ou point de pouvoir; mais elle pourrait devenir redoutable chez un chef de Parquet qui a, personnellement, une grande autorité. Même en admettant qu'un procureur général soit inamovible, il n'est pas moins vrai qu'il aura souvent à recevoir des ordres du garde des sceaux, et que s'il ne les exécutait pas, il entrerait en lutte avec celui-ci. Finalement, il serait obligé de céder et ruinerait son influence. Cette opposition d'un chef de Parquet serait d'un déplorable exemple pour les inférieurs et ne manquerait pas, tôt ou tard, de produire des effets désastreux. On en a vu des exemples sous l'ancienne monarchie. Aussi paraît-il, avec raison, préférable que les agents du pouvoir exécutif soient dans la dépendance de ce pouvoir : tel doit être le sens qu'il faut attribuer à l'article 1^{er} du décret des 16-24 août 1790 : « Les officiers du Ministère public sont agents du pouvoir exécutif près les tribunaux. »

4° *Irrécusabilité*. — D'après l'article 381 du Code de procédure civile : « les causes de récusation relatives aux juges sont applicables au Ministère public lorsqu'il est partie jointe, mais il n'est pas récusable lorsqu'il est partie principale. » Le Ministère public ne peut donc être récusé lorsqu'il exerce l'action publique. Pourquoi cette prérogative? C'est, dit-on, parce qu'il faut considérer le Ministère public comme un adversaire et qu'on ne peut récuser un adversaire ⁽¹⁾. S'il

(1) Garraud.

n'en est pas de même en matière civile, lorsqu'il est partie jointe, c'est parce qu'il donne simplement des avis qui doivent paraître désintéressés. Il est peu à craindre (et nous le disons pour l'honneur des membres du Parquet), que ces magistrats usent de ce privilège; ils ont coutume de s'abstenir toutes les fois qu'ils peuvent se défier de leur complète impartialité; mais, remarquons-le, c'est un devoir moral, et, dans ce cas, les magistrats ne relèvent que de leur conscience.

5° *Irresponsabilité*. — Cette prérogative protège le Ministère public contre les individus qu'il poursuit. Ceux-ci, quand l'action publique échoue, ne peuvent obtenir contre lui ni dépens, ni dommages-intérêts. L'officier du Ministère public, en effet, est l'agent de la société : dans l'exercice de ses fonctions, l'homme disparaît, le magistrat seul se montre. Si on demandait toujours compte à l'homme des erreurs qu'a pu commettre le magistrat, on le réduirait à la condition des accusateurs de Rome : on détruirait l'institution même du Ministère public : « Si le magistrat, disait au Parlement de Grenoble, l'avocat général de Savoie, de Rollin, était en butte à une loi menaçante qui, au lieu de parler à son cœur, étonnerait son esprit par l'appareil des châtimens, qui au lieu d'invoquer sa conscience et de la toucher par l'honneur lui inspirerait d'avance l'effroi des coupables; si cette même loi donnait sans restriction aux plaideurs le droit de le prendre à partie, dès cet instant, avili par l'opinion de la loi même, il serait dégradé dans ses fonctions; son autorité liée à la dignité de son caractère s'affaiblirait comme elle, et lorsque le juge serait sans considération, la loi serait sans force. » Ce que disait du juge l'avocat général de Savoie peut aussi bien s'appliquer à l'of-

ficier du Ministère public. Pour que ce dernier soit à même de s'acquitter avec sécurité de ses devoirs, il faut que son indépendance soit garantie : il attire sur lui, plus qu'un juge, les préjugés et la haine.

Le Code d'instruction criminelle, considérant sans doute ces principes comme étant de droit général et au-dessus de toute contradiction, ne les a pas érigés en loi.

La responsabilité des membres du Parquet existe cependant dans certains cas. Il en était ainsi dans l'ancienne jurisprudence. D'après l'ordonnance de décembre 1540, « ne pourront les juges être pris à partie, sinon que l'on maintienne par relief qu'il y ait dol, fraude ou concussion ou erreur évidente en fait ou en droit. » Mais bientôt on avait restreint aux faits de fraude, de dol ou de concussion, les cas de prise à partie. — Ces dispositions concernant les juges étaient applicables au Ministère public.

D'après l'article 505 du Code de procédure civile, les juges peuvent être pris à partie dans les cas suivants : 1° s'il y a dol, fraude ou concussion, qu'on prétendrait avoir été commis soit dans le cours de l'instruction, soit lors des jugements ; 2° si la prise à partie est expressément prononcée par la loi ; 3° si la loi déclare les juges responsables à peine de dommages-intérêts ; 4° s'il y a déni de justice.

Aux termes d'une jurisprudence constante, ces articles s'appliquent également aux officiers du Ministère public (Tr. Caen, 12 juin 1849⁽¹⁾. « En conséquence, celui qui veut poursuivre un officier du Ministère public doit agir par voie de prise à partie et non par voie d'action directe en dommages-intérêts. Si le fait dont la partie lésée se plaint au procureur général n'a pas le caractère délictueux, elle

(1) D. P. 50. 3. 80.

n'obtiendra que des dommages-intérêts par voie de prise à partie. »

Au contraire, si le fait commis par le magistrat du Parquet constitue un crime ou un délit, la partie lésée peut provoquer des poursuites par une plainte adressée au procureur général. Celui-ci a seul le droit de saisir la Cour et l'action est mise en mouvement. Le plaignant se porte alors partie civile.

Mais retenons bien ceci : l'officier du Ministère public ne peut être recherché que pour ses prévarications : il n'est pas responsable de ses erreurs, à moins que ces erreurs n'indiquent qu'il y a eu intention perverse ou même faute lourde, « à moins, dit Mangin, qu'elles n'aient un caractère d'inconsidération tel qu'on ne doit point l'excuser dans un homme chargé d'une fonction aussi redoutable. »

6° *Indépendance*. — L'indépendance du Ministère public est encore une règle qui ressort des principes sur lesquels cette institution repose.

Les membres du Parquet ne relèvent que de leur conscience. Ils n'ont pas à subir la loi des tribunaux ni des particuliers. Le Ministère public est absolument indépendant de la juridiction dont il est membre : il ne peut recevoir d'elle ni injonction, ni blâme. Les tribunaux ont le droit de saisir, soit le ministre de la Justice, s'il s'agit d'une Cour d'appel ; soit le procureur général, s'il s'agit d'un tribunal, des faits qu'ils croient devoir reprocher au Ministère public.

Nous allons étudier d'une façon toute spéciale, dans un chapitre suivant, ce dernier caractère.

CHAPITRE IV.

INDÉPENDANCE DU MINISTÈRE PUBLIC AU POINT DE VUE DE L'EXERCICE ET DE LA MISE EN MOUVEMENT DE L'ACTION PUBLIQUE.

Personne ne songe aujourd'hui à contester que le Ministère public a le droit de mettre en mouvement et d'exercer l'action publique. Ce droit lui est implicitement reconnu par l'article 1^{er}, I. cr., ainsi conçu : « L'action pour l'application des peines n'appartient qu'aux fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi. » Cet article était rédigé un peu différemment dans le projet soumis, en 1804, au Conseil d'État : « L'action publique pour l'application des peines est exercée par les fonctionnaires établis à cet effet. » Le rapporteur de la Commission, M. Siméon, ne trouva pas ce texte suffisamment clair et en donna l'explication suivante : « L'article tend à établir que l'application de la peine ne pourra être poursuivie par la partie offensée, mais seulement par le Ministère public. » L'article fut adopté, sauf rédaction par le Conseil d'État et reproduit à la séance du 31 mai 1808. Le président de la Commission en expliqua les motifs en ces termes : « La loi qui va être soumise à votre sanction a pour objet la première division de l'ins-

truction criminelle, celle qui concerne la poursuite des délits. » Je ne m'arrêterai pas sur les dispositions préliminaires qui ne renferment que des principes peu contestés, si l'un de ces principes ne méritait, par son importance, d'occuper un moment votre attention; c'est celui qui établit l'action publique sans distinction contre tous les délits et qui la rend indépendante de toutes les transactions et de tous les intérêts privés. C'était tout le contraire chez les anciens; la poursuite de tous les délits était abandonnée à l'animosité et à la vengeance privée..... Nos lois modernes ont remis la poursuite des délits entre les mains des magistrats, et l'accusation a pris le caractère d'impartialité de la loi dont ils sont les organes..... L'ancienne ordonnance n'avait même pas osé établir le principe sans exception, et les transactions des citoyens pouvaient, dans certains cas, arrêter les poursuites du Ministère public tant le funeste principe de la vengeance privée avait conservé d'empire, tant il faut vaincre d'obstacles pour lutter avec succès contre les passions humaines » (Mangin, *Action publique*). Retenons donc ceci : les parties lésées n'exercent pas l'action publique : l'exercice de cette action abandonné aux fonctionnaires que la loi désigne est indépendant des intérêts privés : cette vérité est une base fondamentale de notre justice criminelle. La loi ne permet pas la vengeance privée : elle remet la poursuite entre les mains des magistrats afin qu'elle ait le caractère d'impartialité de la loi dont ils sont les organes.

Il n'y a plus, actuellement, de distinction entre les délits. Autrefois, on reconnaissait encore des délits privés et des délits publics. Aujourd'hui, toute infraction aux lois pénales donne lieu à l'action publique comme à l'action civile. Ces deux actions doivent être indépendantes et ne pas s'influen-

cer. L'action publique appartient à la société, l'action civile, à la partie lésée. La première est exercée par les magistrats du Ministère public. L'institution de ces magistrats, dont le rôle est de rechercher et de poursuivre les contraventions, délits et crimes, a eu pour but de retirer aux vengeances individuelles une initiative dont elles avaient trop souvent abusé. Le législateur a pensé que le Ministère public, plus désintéressé que le particulier, serait plus impartial : aussi lui a-t-il reconnu une grande indépendance. Le magistrat du Parquet n'est pas tenu de faire droit à toutes les réclamations qui lui sont adressées, et de traduire devant les tribunaux, sans examen; et sur une simple dénonciation, quiconque lui est signalé comme coupable d'un délit. Autrement, l'art. 1, Instr. cr., serait lettre morte : telle était bien l'opinion de M. Siméon, lorsqu'il disait au Conseil d'État que « l'application de la peine ne pouvait être poursuivie par la partie lésée, mais seulement par le Ministère public. » C'est aussi ce que pense la Cour de cassation qui, dans un arrêt du 8 décembre 1826, déclare que « le législateur n'a pu vouloir astreindre les officiers du Ministère public à diriger des poursuites d'office et sans l'intervention de la partie civile sur toutes les plaintes, même les plus légères et les plus insignifiantes, sur des plaintes qui n'intéressent pas directement l'ordre public et qui, souvent, n'ont d'autre but que de satisfaire des passions ou des haines particulières, des intérêts de vanité ou d'amour-propre, ou de procurer aux dépens de l'État et sans aucune espèce d'utilité pour l'ordre social, la réparation de quelques torts légers éprouvés par des particuliers » (Cass., 8 déc. 1826).

L'action du Ministère public n'est donc pas nécessairement mise en mouvement par les dénonciations des tiers, ou les plaintes des parties lésées. Cependant, certains auteurs

ont émis une opinion différente : le Ministère public, suivant eux, ne peut, une fois qu'il est saisi d'une dénonciation, s'abstenir de requérir information. Cette opinion s'appuie sur les articles 47, 64 et 70, Instr. crim. : nous ne croyons pas devoir l'adopter. En effet, si on examine attentivement ces articles, on se rendra compte que le but de l'article 47 a été de prescrire la communication, non pour qu'il y eût nécessairement poursuite, mais pour que le Ministère public ne procédât pas seul à l'instruction, comme au cas de flagrant délit. C'est dans le même esprit que sont rédigés les articles 64 et 70. Le législateur a voulu simplement éviter le retour à l'ancienne législation et la confusion qui avait existé jusqu'alors dans les pouvoirs du procureur de la République et du juge d'instruction. En effet, sous l'empire de la loi des 16-29 septembre 1790 et du Code de brumaire, les juges de paix réunissaient, comme nous l'avons vu dans un chapitre précédent, les deux attributions : sous l'empire de la loi de pluviôse an IX, qui avait pour objet de les séparer en confiant celle du juge d'instruction aux directeurs du jury et celles du Ministère public aux magistrats de sûreté, ces derniers avaient le droit de constater les délits et d'en rassembler les preuves : ils avaient fini par s'emparer des fonctions des premiers.

Le projet du Code accordait au procureur de la République quelques-unes des fonctions du juge, et c'est sur ce point que s'établit la délibération du Tribunat. Plusieurs membres de cette assemblée démontrèrent qu'il était préférable de séparer nettement les deux fonctions, de donner à la partie publique le droit de requérir et au juge de faire les actes de procédure. Après discussion, on finit par admettre que le procureur de la République pourrait cependant faire ces derniers actes, en cas de flagrant délit,

et c'est pour bien établir la pensée du législateur que l'article 47, Instr. cr., débute par ces mots : « Hors les cas énoncés dans les articles 32 et 46 » (cas de flagrant délit). Le procureur de la République ne peut donc, ce cas excepté, que requérir information : c'est pour déterminer la distinction entre les deux fonctions que l'article 64 prescrit à ce magistrat de transmettre au juge d'instruction, avec un réquisitoire, les plaintes qu'il reçoit et que, d'après l'article 70, le juge d'instruction doit communiquer les plaintes au Ministère public. Ces articles ont donc eu uniquement pour but de trancher l'une des plus graves questions agitées lors de la discussion du Code.

Nous pouvons encore invoquer un autre argument à l'appui de notre opinion.

Sous l'empire de la législation de 1791, le fonctionnaire chargé d'exercer les poursuites était forcé d'agir. La loi des 16-29 septembre 1791 (art. 6 et 7, titre 5) l'y obligeait : « L'officier de police qui aura reçu une plainte recevra également la déposition des témoins produits par l'auteur de cette plainte : il sera tenu aussi d'ordonner que les personnes et les lieux seront visités et qu'il en sera dressé procès-verbal. »

Dans le cas, où, après information, cet officier se refusait à poursuivre, le plaignant après avoir pris acte de ce refus, adressait un recours au directeur du jury (art. 20 et 12).

Le même effet se produisait au cas de dénonciation civile. L'article 3 portait : « Si le dénonciateur signe la dénonciation et l'affirme, l'officier de police sera tenu d'ordonner aux témoins qu'il indiquera de venir faire devant lui leur déclaration. » Ici encore l'officier de police était forcé d'agir.

L'article 4 du Code de brumaire portait que : « Tout délit donne essentiellement lieu à une action publique. » « Si le

dénonciateur signe sa dénonciation, « le juge de paix est tenu de décerner sur-le-champ un mandat d'amener contre le prévenu, mais il est tenu d'entendre les témoins indiqués par le plaignant et de faire, tant pour constater le délit que pour en découvrir l'auteur, toutes les perquisitions, visites et procès-verbaux nécessaires. » Le juge de paix n'avait donc aucun pouvoir d'appréciation. — L'article 7 du même Code avait même un recours contre son inaction.

Le Code d'instruction criminelle n'a pas, nous l'avons démontré, reproduit le même principe : il a, au contraire, voulu établir nettement la séparation entre les pouvoirs du procureur de la République et du juge d'instruction. — Nous ne trouvons, d'ailleurs, aucune sanction à l'inaction de ces magistrats, en présence d'une plainte ou d'une dénonciation : les lois de 1791 et le Code de brumaire ou vraient, au contraire, au plaignant ou au dénonciateur qui n'aurait pas reçu satisfaction un recours soit devant le jury d'accusation, soit devant le directeur du jury. Et pourquoi en est-il ainsi de nos jours? C'est, dit M. Faustin Hélie, parce que « l'institution du Ministère public a eu précisément pour but de substituer au principe de la vengeance privée qui se trouvait au fond des poursuites des parties lésées, au autre principe, celui de l'ordre social. Elle a imposé à l'action publique une nouvelle mission, celle de défendre l'intérêt général de la société au lieu de s'associer seulement aux intérêts privés, celle de poursuivre l'application des règles de la justice au lieu de servir d'instrument aux passions personnelles. A mesure que les lois criminelles se sont perfectionnées, elles ont incessamment tendu à diminuer les pouvoirs des parties lésées, à subordonner leur action à l'action du magistrat, à dégager, en un mot, les poursuites criminelles des mains des particuliers. De là, ces

deux conséquences : 1° que les compositions et les transactions des parties ont cessé de faire obstacle à l'exercice de l'action publique, car l'action publique poursuit la réparation de l'ordre lésé avant celle de l'intérêt privé; 2° que les plaintes et les dénonciations, si elles n'apportent aucun témoignage, aucune garantie de leur sincérité et si elles n'ont pour objet aucun fait qui se rattache à l'ordre, ne doivent pas mettre nécessairement en mouvement le Ministère public, car il est précisément chargé de faire prédominer la cause des intérêts généraux sur celle des intérêts privés ⁽¹⁾. » Du reste, il serait étrange que le principe de l'indépendance du Ministère public fût sacrifié au plaignant et au dénonciateur qui se contentent de signaler les faits à la justice et restent étrangers à la poursuite.

C'est ainsi d'ailleurs qu'on agit dans la pratique. Dans une circulaire du 8 mars 1817, le garde des sceaux recommande aux magistrats du Parquet « de ne pas multiplier les informations et les poursuites d'office sur des affaires légères. On doit négliger celles qui n'ont d'autre but que de satisfaire des passions ou des haines particulières, des intérêts de vanité ou d'amour-propre ou de procurer aux dépens du Trésor et sans utilité pour l'ordre social, la réparation de quelques torts légers ⁽²⁾.

« En résumé, dit une autre circulaire du 29 janvier 1828 ⁽³⁾, il appartient au Ministère public d'examiner librement s'il y a lieu ou non de donner suite aux dénonciations qui lui sont portées; la consignation préalable des frais de poursuite n'oblige même pas à poursuivre. Il y a deux intérêts distincts dans un fait dénoncé comme crime ou

(1) F. Hélie.

(2) Circulaires 8 mars 1817 et 20 novembre 1829 (Gillet).

(3) C. Gillet, page 409.

délit : l'intérêt de la société et l'intérêt des parties qui se prétendent lésées. Le Ministère public qui est chargé de veiller au maintien de l'ordre public et d'assurer la paix de la société, décide seul si cet ordre ou cette paix ont été troublés et si, par conséquent, il est nécessaire ou convenable d'intenter une action publique, sauf le droit des Cours royales de prescrire des poursuites dans les cas prévus par la loi. Les parties lésées décident seules, à leur tour, s'il leur est avantageux ou non de recourir à l'action civile pour la réparation du dommage qu'elles ont souffert : les deux actions sont entièrement indépendantes l'une de l'autre et, de même qu'elles ne peuvent réciproquement se faire obstacle, l'exercice de l'une n'entraîne pas nécessairement l'usage de l'autre ⁽¹⁾. »

Malgré la précision de ces principes, les officiers du Ministère public sont souvent embarrassés pour en faire l'application : mais c'est là une question de pratique dont nous n'avons pas à nous occuper dans ce travail.

Nous avons supposé jusqu'ici que le Ministère public avait été saisi d'une plainte. Voyons s'il est nécessaire qu'il attende une plainte ou une dénonciation pour mettre l'action publique en mouvement.

Cette question ne peut, à notre avis, soulever de difficultés, toute distinction ayant été supprimée entre les délits privés et les délits publics et l'action publique ayant pour but unique de réparer le préjudice social causé par l'infraction est indépendante de l'intérêt privé. Le Ministère public n'a donc pas à tenir compte du consentement de la partie lésée. « La renonciation à l'action civile ne peut arrêter ni

(1) C. Gillet, *Circulaire de la Chancellerie*.

suspendre l'exercice de l'action publique » (art. 3, Instr. crim.). Cependant, il existe certains délits dont la répression est subordonnée à une plainte de la partie lésée.

L'article 47, Instr. crim., corrobore l'article 4 : « Hors les cas énoncés dans les articles 32 et 46, le procureur de la République instruit, soit par une dénonciation, soit par toute autre voie, qu'il a été commis dans son arrondissement un crime ou un délit, ou qu'une personne qui en est prévenue se trouve dans son arrondissement, sera tenu de requérir le juge d'instruction d'ordonner qu'il en soit informé, même de se transporter, s'il en est besoin, sur les lieux à l'effet d'y dresser tous les procès-verbaux nécessaires. » — Il en est de même de l'article 274, Instr. crim., ainsi conçu : « Le procureur général soit d'office, soit par les ordres du ministre de la Justice, charge le procureur du roi de poursuivre les délits dont il a connaissance. »

La jurisprudence a adopté notre opinion dans un arrêt remarquable rendu par la Cour de cassation le 9 janvier 1808, et cet arrêt n'est pas le seul qui ait été rendu, en l'espèce, par la Cour suprême.

Le Ministère public a donc la faculté absolue de mettre en mouvement l'action publique, même contre le gré de la partie lésée. Il en est ainsi, à raison de la différence qui sépare les deux actions, publique et civile. Les parties peuvent bien transiger, le plaignant peut se désister : cette transaction et ce désistement de la plainte n'arrêteront pas l'action publique ⁽¹⁾. C'est donc en vain qu'un prévenu, pour couper court aux poursuites, désintéresse sa victime. Notre Code renferme une règle générale, inflexible, d'après laquelle il n'y a pas, aux yeux de la loi, un délit quelconque, si léger

(1) Cassation, 23 août 1813, S. 14. 1. 10.

qu'il soit, qui ne trouble l'ordre public et qui ne doit être réprimé dans l'intérêt de la société et de la morale. Le but de la poursuite est d'obtenir une condamnation contre l'auteur du délit, afin de donner un exemple. Le vœu de la loi ne serait pas atteint s'il était permis d'éviter toute peine en désintéressant la partie lésée.

CHAPITRE V.

GARANTIES QUI ASSURENT AUX PARTICULIERS L'EXERCICE DE L'ACTION PUBLIQUE.

Il est essentiel, pour déterminer, d'une façon précise, les fonctions du Ministère public, par rapport à l'action publique, de distinguer trois choses : la disposition, l'exercice et la mise en mouvement de l'action publique. La rédaction de l'article 1^{er}, I. cr., est inexacte. D'après cet article : « L'action pour l'application des peines n'appartient qu'aux fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi. » L'action publique n'appartient qu'à la société qui en délègue l'exercice aux officiers du Ministère public. C'est pour cette raison que ces magistrats n'ont pas la faculté de disposer de cette action, soit avant de l'avoir intentée, soit après l'avoir mise en mouvement. La société seule jouit de cette prérogative.

L'exercice de l'action publique comprend les différents actes qui ont pour objet la punition du coupable. Le Ministère public a, seul, le droit d'exercer cette action, et ce droit implique celui de la mettre en mouvement. La partie civile qui saisit le juge d'instruction ou agit par voie de citation directe, le juge d'instruction qui, au cas de flagrant délit, commence d'office une instruction, partagent avec lui ce dernier droit — tandis qu'ils n'ont pas celui d'exercer l'ac-

tion publique. — « Ce droit, dit M. Faustin Hélie ⁽¹⁾, est le privilège exclusif du Ministère public; tantôt il obéit à une injonction, tantôt il obtempère à une requête, tantôt, enfin, il agit de son propre mouvement : mais seul, dans tous les cas, il requiert la peine, il dirige l'action.

Cependant, la faculté d'exercer librement l'action publique, ne doit pas autoriser des poursuites vexatoires inspirées par des rancunes personnelles, de même que la faculté de s'abstenir, ne doit pas dégénérer en acte de favoritisme ou en déni de justice. La surveillance des supérieurs hiérarchiques et la procédure de prise à partie conjurent le premier de ces abus : la surveillance des Cours d'appel et le droit des particuliers de se porter parties civiles, conjurent le second. Nous allons donc, dans ce chapitre, nous occuper : 1° de la surveillance administrative; 2° de la surveillance des Cours d'appel; 3° des droits de la partie civile.

SECTION PREMIÈRE.

SURVEILLANCE ADMINISTRATIVE.

La surveillance administrative à laquelle les officiers du Ministère public sont soumis, est exercée : 1° par le procureur général près la Cour d'appel; 2° par le ministre de la Justice.

A. Droit du procureur général près la Cour d'appel.

La partie lésée qui se plaint de l'inaction du procureur de la République, peut essayer d'obtenir satisfaction, en s'a-

(1) F. Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, page 160.

dressant au procureur général près la Cour d'appel. Ce magistrat a, comme nous l'avons dit, l'exercice et la direction de l'action publique dans l'étendue de son ressort (L. 20 avril 1810, article 45). Il reçoit les dénonciations et les plaintes : il en tient registre (art. 275, C. instr. cr.). Il charge même le procureur de la République de la poursuite des délits dont il a connaissance (art. 274). Il a qualité pour former en son propre nom et sans intermédiaire, tout recours ayant pour objet de conserver et de faire aboutir les instances engagées, de provoquer la réformation ou l'annulation des jugements ou arrêts rendus par les divers degrés de juridiction (art. 135, 202, 205, 216, 250, 298, Instr. cr.). Réunissant tous les pouvoirs attribués aux magistrats chargés de le seconder, il fait valablement les actes ou opérations rentrant dans la compétence de chacun d'eux. En l'absence de dispositions expresses, plusieurs arrêts reconnaissent « qu'un droit lui est donné implicitement, par cela seul qu'il est accordé à ses substituts : que, d'ailleurs, l'article 45 de la loi du 20 avril 1810, lui confère d'une manière formelle, générale, absolue, la justice criminelle dans toute l'étendue de son ressort (*Sic*, Cass., 1^{er} juillet 1813, 14 mars 1817).

B. *Droits du garde des sceaux.*

Le ministre de la Justice ne participe pas directement à l'exercice de l'action publique qui, nous l'avons vu, est déléguée de la façon la plus absolue au procureur général et aux procureurs de la République. Mais, comme chef hiérarchique, il peut intervenir dans la direction de cette action. Celui qui a adressé une plainte au procureur de la Répu-

blique ou au procureur général et a vu sa réclamation écartée, a le droit de s'adresser au garde des sceaux. Ce dernier demande des renseignements au procureur général et apprécie s'il y a lieu de donner une suite à la réclamation. Dans le cas où il ne partagerait pas l'avis qui aurait été émis par le procureur général ou le procureur de la République, il peut prescrire à ces magistrats de prendre telle ou telle mesure, et ceux-ci doivent obéir à ses instructions : autrement, leur responsabilité serait engagée et ils pourraient encourir un blâme. Néanmoins, dans le cas où le procureur de la République aurait exercé l'action publique contrairement aux prescriptions du garde des sceaux, le tribunal serait valablement saisi. Si le procureur de la République avait négligé ou refusé d'agir, le garde des sceaux ne pourrait se substituer à lui et intenter des poursuites à sa place. Si, sur l'ordre du garde des sceaux, les procureurs généraux ou les procureurs de la République ont commencé des poursuites, ils sont libres, à l'audience, de ne pas requérir condamnation. La déférence que les procureurs généraux doivent aux ordres de leur chef est limitée aux seuls actes d'instruction. M. Treilhard s'exprimait ainsi à ce sujet : « Le procureur général est obligé de se conformer aux ordres qu'il reçoit pour entamer les poursuites ; ensuite, il devient l'homme de la justice et les ordres supérieurs ne règlent plus ses conclusions. » En un mot, le ministre de la Justice se borne à provoquer l'action publique quand le Ministère public ne l'a pas exercée, à lui ordonner de saisir les tribunaux quand il ne les a pas saisis. Et il n'y a pas d'autre sanction à la désobéissance qu'une sanction administrative. Le droit du garde des sceaux se concilie donc parfaitement avec celui du procureur général et du procureur de la République.

C. Droits du procureur général près la Cour de cassation.

Le procureur général près la Cour suprême n'est pas chargé de l'exercice de l'action publique. Ce haut magistrat n'a aucun pouvoir soit pour intimor l'ordre aux membres du Ministère public de poursuivre une infraction, soit pour demander à la Cour de cassation l'annulation d'un arrêt ou d'un jugement en dernier ressort contraire à la loi, sauf dans certains cas déterminés ⁽¹⁾. Quand le procureur général près la Cour suprême prend des conclusions dans les affaires criminelles, il n'est entendu que comme partie jointe. Le pourvoi qui saisit la Cour est formé et dirigé par la partie qui a attaqué la décision, c'est-à-dire le Ministère public, le condamné ou la partie lésée (Garraud).

SECTION II.

SURVEILLANCE JUDICIAIRE.

Il existe une autre garantie contre l'inaction du Ministère public : elle consiste dans le droit de surveillance exercé par les Cours d'appel, aux termes des articles 235 du Code d'instruction criminelle et 44 de la loi du 20 avril 1810.

Voici comment s'expriment ces articles :

Art. 235. « Dans toutes les affaires, les Cours d'appel, tant qu'elles n'auront pas décidé s'il y a lieu de prononcer

(1) Art. 441, 442, 444, 486, 491, 532, 542, l. cr.

la mise en accusation, pourront d'office, soit qu'il y ait ou non une instruction commencée par les premiers juges, ordonner des poursuites, se faire apporter les pièces, informer ou faire informer et statuer ensuite ce qu'il appartiendra. »

Art. 11, loi 20 avril 1810. « La Cour royale pourra, toutes les chambres assemblées, entendre les dénonciations qui lui seraient faites par un de ses membres, de crimes et délits; elle pourra mander le procureur général pour lui enjoindre de poursuivre à raison de ces faits ou pour entendre le compte que le procureur général lui rendra des poursuites qui seraient commencées. »

Quel est le véritable sens de ces articles? M. Faustin Hélie pense qu'ils reproduisent la règle de l'ancien droit : « Tout juge est procureur général » qui exprimait que si l'action publique n'était pas mise en mouvement par le Ministère public, tout magistrat avait le droit de lui donner l'impulsion et de l'exercer : « Les Cours royales, indépendantes du pouvoir exécutif, surveillent les actes de ses agents et la stricte application des lois : placées par le nombre de leurs membres et par leur constitution au-dessus de toutes les influences, elles gardent tous les intérêts, investies de la délégation directe de l'action publique, elles la continuent dans les mains qui l'exercent, et, quand elles le jugent utile, la mettent en mouvement : elles en sont les dépositaires aussi bien que les membres du Ministère public eux-mêmes et, si ceux-ci l'exercent seuls, elles en conservent la suprême direction. »

Le célèbre criminaliste émet encore la même opinion dans un article de la *France judiciaire* : « Je soutiens que si les Cours d'appel n'avaient pas le droit direct de poursuivre, les principes de 1789 seraient renversés et notre droit

public dénaturé et falsifié. Remarquons que notre article 11 de la loi de 1810, et l'article 235, I. cr., n'ont rien innové. Ils n'ont fait que confirmer la législation précédente. Or l'accusateur public était un magistrat élu comme tous les magistrats. Il faisait partie non du Ministère public, mais de la magistrature. C'était donc la magistrature, c'était le juge qui avait la poursuite, et le Code de 1808, ainsi que la loi de 1810, n'ont fait qu'accommoder ce droit naturel de la magistrature avec le rétablissement de la hiérarchie judiciaire qui avait été décrété après le 18 brumaire par la loi du 27 ventôse an VIII. D'après la législation de 1808 et de 1810, les juges, dans la personne de chaque Cour d'appel, conservent la haute autorité et les hautes attributions de l'ancien accusateur public, et, sous leurs ordres ou leur surveillance, le Ministère public exécute les recherches et les poursuites de chaque jour. Nous avons donc ici la tradition certaine de 1789. Jamais les constituants de 1791, ni de 1795, ni de 1799, n'auraient imaginé que l'on contesterait au pouvoir judiciaire le droit direct de poursuivre et de faire poursuivre tous crimes et délits en dehors du pouvoir exécutif et du Ministère public et, s'il y a lieu, malgré la résistance du pouvoir exécutif et du Ministère public. Leurs motifs étaient pris dans le droit naturel en même temps que dans un art profond de la politique. En effet, la division du pouvoir en trois parties : exécutif, législatif, judiciaire, a pour but de garantir la liberté par l'équilibre que chacun de ces trois pouvoirs, qui sont égaux entre eux, fait aux deux autres... De même le pouvoir exécutif a la police judiciaire. Mais que deviendrait l'indépendance du pouvoir judiciaire si celui-ci n'avait également cette police, si les juges assis sur leurs sièges étaient contraints d'attendre le bon vouloir du pouvoir exécutif, sans aucun pouvoir d'amener devant

eux le scélérat qui braverait leur justice. Certains crimes de personnages puissants échapperaient à la répression... Le jugement des crimes est inséparable de leur poursuite, de même que le droit de faire des lois est inséparable du droit de les proposer. L'action et la juridiction sont indivisibles... (1). »

D'après M. F. Hélie, les fonctions du Ministère public sont donc encore, et en tous cas, exercées sous la surveillance des Cours d'appel. L'indépendance des magistrats du Parquet n'est pas violée, car « elle ne consiste point à ne pas exercer le droit de poursuite, à le conserver oisif entre ses mains, mais à l'exercer dans une entière liberté. Or, le Ministère public, lors même que l'action est mise en mouvement par une impulsion qui lui est étrangère, conserve toujours le droit de l'exercer suivant sa conviction (2). »

Cette opinion nous semble erronée. Tout en distinguant l'impulsion donnée à l'action publique et l'exercice de cette action, après qu'elle a reçu l'impulsion, nous pensons que le Ministère public a les deux attributions. Le Code de 1808 a marqué très nettement la distinction entre les pouvoirs du Ministère public et ceux du juge : à l'un, il a confié l'accusation et la poursuite, à l'autre le jugement. Nous avons déjà vu qu'il avait pris toutes les précautions pour éviter l'empiètement des pouvoirs de l'un sur l'autre. Il faut en conclure tout simplement que les articles dont nous nous occupons sont des dispositions exceptionnelles. M. Mangin a émis cette opinion et l'a formulée en ces termes : « L'action publique est indépendante des tribunaux institués pour la juger, mais ce principe est soumis à deux exceptions qui résultent de

(1) F. Hélie, *France judiciaire*, tome VIII.

(2) F. Hélie, *Instruct. criminelle*.

l'article 11 de la loi du 20 avril 1810 et de l'article 235, I. cr. ⁽¹⁾. »

La jurisprudence s'est aussi prononcée dans ce sens ⁽²⁾.

Voyons quelle est l'exception apportée au principe d'indépendance du Ministère public par l'article 11 de la loi du 20 avril 1810.

Si nous nous reportons au procès-verbal des séances du 13 novembre 1804 et du 11 décembre 1804, nous connaissons immédiatement quelle était l'intention du législateur. Il a voulu permettre à la Cour soit de vaincre l'inertie du Ministère public, soit de lui apporter, dans les affaires graves et délicates, le soutien et l'appui dont il peut avoir besoin. Treilhard disait : « Le gouvernement d'un grand État ne pouvant voir tout ce qui se passe sur tous les points du territoire, il paraissait nécessaire de donner à des autorités locales le pouvoir de stimuler la partie publique lorsqu'elle sommeillait. » Il pensait que, pour remplir cet objet, il n'était pas besoin d'un acte direct de la part des Cours impériales, et il proposait le moyen suivant : si un membre de la Cour croyait qu'un délit demeurerait impuni, il devrait dénoncer le fait au président qui le communiquerait au procureur général. Celui-ci déduirait les motifs qui l'avaient empêché de poursuivre et les soumettrait au grand-juge. Le gouvernement ainsi saisi pourrait alors stimuler le procureur général » (Loché). Cette proposition ne fut pas reproduite dans l'article 11. Treilhard en expliqua les motifs au Corps législatif en ces termes : « Les Cours impériales jouiront encore d'un pouvoir plus étendu : elles auront le droit de se faire rendre compte, par les procureurs généraux, de l'état des affaires criminelles qu'ils instruisent, même d'achever et d'ordonner

(1) Mangin, *Action publique*.

(2) Cassation, 27 novembre 1828, S. 1829.

des poursuites sur des faits qui leur paraîtraient intéresser l'ordre public : attribution bien consolante pour le pauvre et pour le faible, et qui doit avertir l'homme puissant que le crédit, la fortune et tous les avantages dont il se prévaut ne le sauveront pas des poursuites et des peines qu'il aurait pu mériter. »

Le rapporteur de la Commission de législation s'exprimait à peu près dans les mêmes termes : « Le chapitre premier est terminé par un article qui donne le droit aux Cours impériales d'entendre, les chambres assemblées, les dénonciations faites par leurs divers membres des crimes et des délits qu'ils croiraient impunis, et elles sont autorisées, dans ce cas, à mander le procureur général pour lui prescrire de poursuivre ces crimes et ces délits ou pour entendre son rapport. Vous apprécierez, Messieurs, cette sollicitude du législateur qui ne veut laisser aucun crime impuni et qui fait surveiller par la Cour impériale toute entière celui à qui la loi a confié l'action publique » (Locré).

Les Cours d'appel (chambres réunies) peuvent donc, d'après la loi de 1810, mander le procureur général pour entendre le compte qu'il rendra des poursuites commencées en exécution de cet ordre. La dénonciation des crimes et délits est faite par un conseiller. Il est à noter que cet article 11 n'a pas de sanction effective et que le procureur général peut, s'il est appuyé par le garde des sceaux, entraver l'exercice du droit de surveillance de la Cour.

Les Cours d'appel n'ont que très rarement fait usage de cette prérogative. S'il en est ainsi, « la cause en est que, depuis 1808, le Ministère public a rempli ses fonctions avec intégrité et avec vigueur, qu'aucun crime n'est resté impuni par suite d'une connivence coupable ⁽¹⁾. »

(1) F. Hélie, *Instruction criminelle*.

Nous avons seulement deux arrêts de la Cour suprême sur cette matière : l'un a été rendu en 1826, l'autre en 1861.

Il résulte de l'arrêt de 1861 que la Cour ne peut demander compte au procureur général que des poursuites commencées sur son injonction.

Voici comment s'exprime cet arrêt : « Attendu qu'il ressort évidemment de la combinaison des diverses parties de cet article (art. 11) qu'il s'agit d'un crime ou d'un délit dont l'instruction n'était pas encore commencée, et que c'est à raison de cette circonstance que la Cour impériale est autorisée à mander le procureur général pour lui enjoindre de poursuivre et pour entendre ultérieurement le compte que ce magistrat devra lui rendre des poursuites qui seraient commencées; que cette dernière disposition, corrélatrice à celles qui concernent la dénonciation du fait incriminé et l'injonction de poursuivre, ne peut nécessairement s'entendre que des poursuites ordonnées par la Cour en vertu dudit article. Qu'on détournerait évidemment cette disposition de son véritable sens si, par une interprétation que repoussent tout à la fois le texte et l'esprit de la loi, on lui assignait la portée de comprendre, dans le droit de demander compte au procureur général, non seulement les poursuites exercées en vertu de la première partie de l'article 11, mais encore toutes les instructions ouvertes par le Ministère public en vertu de sa propre initiative... » (D. P. 61. 1. 289).

Était-ce bien là l'intention du législateur de 1810? Nous en doutons. Après avoir examiné le texte de la loi, comment les rédacteurs de l'article 11 auraient-ils pu parler au conditionnel s'ils avaient entendu faire allusion seulement aux poursuites qui devront être exercées en vertu des injonctions de la Cour?

— Une autre restriction est encore apportée par l'article 235, Instr. cr., à l'indépendance du Ministère public. Cet article, que nous avons reproduit plus haut, soulève plusieurs questions : et d'abord désigne-t-il la chambre d'accusation ou bien confère-t-il à la Cour d'appel, toutes chambres réunies, le droit « d'ordonner des poursuites, de se faire apporter des pièces, informer ou faire informer. »

On s'accorde à reconnaître qu'il est question des chambres de mise en accusation. Ceci résulte de cette partie de l'article : « tant qu'elles n'auront pas décidé de prononcer la mise en accusation. »

Dans quelle hypothèse s'exercera ce droit conféré à la chambre d'accusation ?

Les attributions énumérées dans l'article 235 supposent une première procédure à laquelle des actes de procédure viennent se rattacher ou au moins dans laquelle ils ont pris leur source. Nous avons vu plus haut que la loi de 1810 donnait aux Cours le droit d'ordonner d'office des poursuites sur des faits nouveaux qui n'ont été l'objet d'aucune procédure : l'article 235 ne confère évidemment pas le même droit à la chambre d'accusation : Il suffit, pour s'en rendre compte, de se rappeler de quelles formalités le législateur a entouré l'exercice de ce droit de la Cour. Il faut que le crime ou le délit soit dénoncé par un membre de la Cour, que la dénonciation soit portée devant les chambres réunies, que le procureur général soit mandé. On ne peut donc admettre que le même droit soit attribué à la chambre d'accusation, simple section de la Cour, composée seulement de cinq conseillers.

La différence existant entre les articles 235, I. cr., et 11, loi 20 avril 1810, est donc la suivante :

Les chambres réunies de la Cour d'appel peuvent, sans

être déjà saisies, provoquer des poursuites nouvelles de la part du Ministère public, en accomplissant certaines conditions. Les chambres de mise en accusation ne peuvent qu'ordonner l'extension des poursuites dont elles ont déjà été saisies, soit pour des faits connexes qui n'auraient pas été relevés par le Ministère public ou le juge d'instruction, soit contre des personnes qui n'étaient pas inculpées dans la procédure. Tel est le sens de la partie de l'article « soit qu'il y ait ou non une instruction commencée par les premiers juges. » Ainsi, par exemple, la chambre d'accusation peut relever un délit ou un crime qui n'avait pas été retenu à la charge du prévenu, soit ordonner des poursuites contre un individu qui n'avait pas été compris dans la procédure. Dans ce cas, elle peut mettre l'action publique en mouvement sans que le Ministère public ait formulé des réquisitions en ce sens. — Voici une autre hypothèse : un crime a été commis : l'instruction est faite par un juge du tribunal, mais pour des motifs quelconques la chambre d'accusation pense qu'il y a intérêt à ce que la direction de l'instruction soit confiée à un autre magistrat. Elle peut alors évoquer la poursuite et charger un de ses membres de la procédure. C'est ce qu'on appelle le droit d'évocation.

Même ainsi restreint, ce droit accordé à la chambre des mises en accusation constitue une dérogation importante au principe de l'indépendance du Ministère public. M. Mangin indique bien le but différent vers lequel tendent les deux dispositions de loi que nous avons étudiées : « L'une a pour objet de provoquer l'action publique lorsqu'elle sommeille, l'autre d'autoriser la chambre des mises en accusation à s'attribuer l'instruction lorsque la poursuite a été intentée et à l'étendre à toutes les personnes et à tous

les faits qui peuvent se rattacher à l'affaire. Le premier de ces articles (art. 11) suppose qu'il y a inertie de la part du Ministère public : son but est de le contraindre à agir; l'autre (art. 236) suppose qu'il a agi : son but est de donner à son action tout le développement dont elle est susceptible ⁽¹⁾. » Ainsi donc l'art. 235, Instr. cr., est une forte garantie pour la partie lésée, puisqu'il permet de parer aux défaillances qui pourraient se produire au cours de l'instruction et d'étendre la poursuite à tous les faits et à tous les inculpés qui peuvent s'y trouver compris.

Cependant le 17 novembre 1879, le gouvernement disposa le projet de loi d'une importante réforme de notre législation criminelle dans toutes les dispositions préalables au jugement. Le 5 août 1882, le Sénat votait ce projet, mais avec des restrictions considérables et de profondes modifications aux propositions du gouvernement. Après des vicissitudes diverses, ce projet revint à la Chambre le 10 décembre 1889 et le 15 janvier 1891 ⁽²⁾.

Le Sénat, partisan de la doctrine autoritaire du monopole de l'action publique, entre les mains du procureur général, avait rayé du projet le droit d'évocation des Cours d'appel, abrogé l'article 11 de la loi du 20 avril 1810, et mis d'accord avec sa théorie l'article 235, Instr. crim. : « La chambre des mises en accusation ne pourra que sur les réquisitions du procureur général, ordonner qu'il sera informé sur des faits ou sur des personnes non compris dans les réquisitions du Ministère public. » L'article 235 ainsi modifié par le Sénat fut rejeté par la Commission de la chambre. Le désir de la Commission était le suivant : Si, dans l'étude d'une affaire dont elle est saisie par l'ordon-

(1) Mangin, *Action publique*.

(2) Cf. *Journal officiel*, 1891. Annexes. Rapport Bovier-Lapierre.

nance de renvoi du juge d'instruction, la chambre des mises en accusation trouve la révélation d'un fait délictueux que le Ministère public s'est abstenu de poursuivre, elle pourra ordonner, même d'office, une information sur ce fait et contre l'individu non compris au réquisitoire du procureur général.

Les articles 225 à 229 du nouveau projet prescrivent les règles à suivre lorsque la chambre des mises en accusation a institué des poursuites ou évoqué l'instruction : c'est un conseiller qui en est chargé.

D'après l'article 230, « la Cour d'appel, toutes chambres réunies, peut, sur la dénonciation de l'un de ses membres, et après avoir entendu le procureur général, ordonner toute poursuite. Dans ce cas, elle saisit la chambre des mises en accusation. »

Ainsi, tandis que la loi du 20 avril 1810 conférait à la Cour deux pouvoirs distincts : celui de mettre en mouvement l'action du Ministère public sur la dénonciation de l'un de ses membres et en présence de l'inaction du Ministère public, et celui de se faire rendre compte des poursuites commencées, un seul, celui de provoquer les poursuites, lui est maintenu. Si le procureur général, qui doit toujours être entendu par la Cour, persistait dans son abstention, la Cour saisirait directement la chambre des mises en accusation qui procéderait comme au cas des articles 224, 225 et suivants :

Art. 224. « Lorsque la chambre d'accusation est saisie de l'accusation ou de la prévention, elle peut ordonner, même d'office, qu'il soit informé sur des faits ou sur des personnes non compris dans les réquisitions du Ministère public au juge d'instruction.

« Sur la réquisition du procureur général, elle peut évoquer des poursuites commencées par le juge d'instruction ou

faire procéder elle-même à une instruction non commencée. »

Art. 225. « Dans les deux cas du précédent article, un des membres de la chambre d'accusation est chargée de l'instruction. »

Telles sont les deux exceptions auxquelles est soumis le principe de l'indépendance du Ministère public. Nous avons vu dans quel but le législateur les avait introduites, et nous ne reviendrons pas sur ce point. Nous allons examiner quels sont les rapports des magistrats du Parquet avec les tribunaux auprès desquels ils sont attachés.

L'article 61 de la loi de 1810 règle une partie de la question : « Les Cours royales ou d'assises sont tenues d'instruire le grand-juge, ministre de la Justice, toutes les fois que les officiers du Ministère public, exerçant leurs fonctions près de ces Cours, s'écarterent du devoir de leur état et qu'ils en compromettent l'honneur, la délicatesse et la dignité. — Les tribunaux de première instance instruiront le premier président et le procureur général de la Cour royale, des reproches qu'ils se croient en droit de faire aux officiers du Ministère public, exerçant dans l'étendue de l'arrondissement, soit auprès de ces tribunaux, soit auprès des tribunaux de police. »

Nous déduirons de ce principe les conséquences suivantes, que nous avons déjà énumérées dans un chapitre précédent, nous réservant de les examiner ici :

1° Les tribunaux ne peuvent adresser d'injonctions au Ministère public. Voici un exemple : Les notaires de l'arrondissement de Saint-Malo avaient voté, en 1839, en assemblée générale, un tarif de leurs honoraires; plusieurs plaintes furent adressées, au sujet de ce tarif, au président du tribunal de l'arrondissement. — Le tribunal, réuni par

ce magistrat, invita, dans une délibération, le procureur du roi à prendre, dans l'intérêt de la loi, telles réquisitions qu'il jugerait convenables, relativement aux abus signalés dans le tarif, et à faire parvenir au procureur général une copie de la délibération, ainsi qu'un exemplaire du tarif. Cette délibération fut soumise à la Cour de cassation qui l'annula pour excès de pouvoir, motivant ainsi son arrêt : « qu'en invitant le procureur du roi à faire des réquisitions au sujet de l'illégalité du tarif, le tribunal de Saint-Malo avait violé le principe de l'indépendance et de la spontanéité d'action du Ministère public. »

Il a été jugé également que le principe d'après lequel il est de l'essence même du Ministère public d'être absolument indépendant, ne recevant que les deux exceptions portées par les articles 235, Instr. crim., et 44, loi d'avril 1810, l'autorité judiciaire reste soumise au principe général, qui laisse au Ministère public le droit d'exercer des poursuites criminelles ou correctionnelles, quand il le juge convenable. Par suite, il y a lieu d'annuler l'arrêt d'une chambre correctionnelle qui, saisie de la connaissance d'un délit, a ordonné au procureur général de mettre en cause, dans les formes prévues par la loi, un autre individu.

Un arrêt de la Cour de cassation a également décidé que les tribunaux de police, comme toute autre juridiction, commettaient un excès de pouvoir en enjoignant au Ministère public de poursuivre des individus contre lesquels il ne croit pas devoir procéder.

Il a même été jugé que l'arrêt par lequel une chambre d'accusation, en annulant l'instruction d'une affaire, trace pour cette seule affaire et pour l'instruction nouvelle qu'elle ordonne, la marche de la procédure et les divers actes successifs que le Ministère public et le juge d'instruction auront

à faire, doit être annulé, non pas comme disposant par voie générale et réglementaire, mais pour excès de pouvoir, en ce qu'elle a procédé par voie d'injonction au Ministère public (arrêt du 4 février 1832).

Il y aurait également excès de pouvoir de la part de la chambre correctionnelle d'une Cour, qui ordonnerait au procureur de la République ou au juge d'instruction, d'informer sur une dénonciation. « En ordonnant au procureur de la République et au juge d'instruction, disait le réquisitoire dont les motifs ont été arrêtés par la Cour suprême, d'informer sur une dénonciation, la Cour royale a commis un excès de pouvoir et méconnu les limites de sa compétence : elle a usé d'un droit qui n'appartenait qu'à la chambre des mises en accusation (art. 235, Instr. cr.), et à l'assemblée générale des chambres de la Cour d'appel (L. 20 avril 1810, art. 11).

Le tribunal a cependant le droit d'ordonner d'office les mesures d'instruction qu'il juge nécessaires, bien qu'elles n'aient pas été proposées et qu'elles doivent s'exécuter à la requête du Ministère public.

2° Les juges ne peuvent entraver l'exercice de l'action publique ou exprimer aux membres du Ministère public leur improbation ou leur censure (nous supposons, dans cette hypothèse, que le tribunal ne fait aucune injonction au Ministère public). — Il n'appartient pas, par exemple, au tribunal de changer l'objet de l'action dirigée contre un individu en décidant que le prévenu poursuivi correctionnellement comme auteur du délit resterait en cause, mais seulement comme civilement responsable et en le condamnant à ce dernier titre, après avoir reporté la prévention sur un tiers (Bordeaux, 5 juin 1828).

Le tribunal doit donner la parole au Ministère public quand il la demande. Quand il a pris ses réquisitions, les

juges sont saisis et tenus de statuer. Ils sont obligés d'examiner les éléments de l'action portée devant eux et de lui assurer son libre cours. Mais il est bien entendu que leur autorité est indépendante et souveraine.

Une autre conséquence non moins directe de notre principe, c'est que le Ministère public n'est soumis, pour former son action à aucune autorisation préalable des tribunaux. L'action publique, en effet, lui est directement déléguée par la loi et n'appartient pas aux tribunaux. Bien plus, le Ministère public qui, dans le cours d'une première poursuite, découvre un nouveau délit, n'a pas besoin, pour l'exercice ultérieur de l'action publique, que des réserves lui soient accordées par le juge.

SECTION III.

DROITS QU'ONT LES PARTICULIERS LÉSÉS DE CITER DIRECTEMENT DEVANT LA JURIDICTION COMPÉTENTE L'AUTEUR DU DÉLIT OU DE SE PORTER PARTIES CIVILES.

Nous avons dit plus haut que la partie lésée pouvait, si elle s'y croyait fondée, mettre en mouvement l'action publique : elle a le droit de saisir directement les tribunaux correctionnels et de simple police par voie de citation directe et de demander à être indemnisée du préjudice qu'elle a éprouvé. — Le tribunal correctionnel est saisi, dans ce cas, de l'action publique et de l'action civile et doit statuer, non seulement sur les dommages et intérêts qui sont réclamés, mais encore sur l'application des dispositions pénales. Par le fait seul qu'un particulier use du droit de citation directe,

il se constitue partie civile. Il faut donc qu'il réunisse les conditions exigées de la partie civile, c'est-à-dire qu'il ait éprouvé une lésion, que cette lésion ait été causée par un fait réprimé par la loi pénale et que le dommage éprouvé lui soit personnel.

On a soutenu ⁽¹⁾ que la citation directe n'avait pas pour effet de mettre l'action publique en mouvement et prétendu que c'était seulement sous la condition des conclusions à prendre par le Ministère public que le tribunal était saisi : dans le cas où l'officier du Ministère public garderait le silence, le tribunal ne pourrait prononcer aucune peine contre le prévenu et serait même incompétent au point de vue de la réparation civile. Cette théorie nous paraît très critiquable et nous ne croyons pas pouvoir l'admettre ⁽²⁾.

Les conclusions du Ministère public constituent un acte d'exercice de l'action publique. Mais quand ces conclusions sont développées, le tribunal est saisi et, par conséquent, l'action est déjà mise en mouvement. Cette saisine résulte de la citation donnée par la partie lésée. La Cour de cassation a adopté cette manière de voir. Elle reconnaît au tribunal le droit d'appliquer la peine encourue, même lorsque le Ministère public s'est abstenu de prendre des réquisitions. « Il suffit qu'un tribunal de répression soit saisi de la connaissance d'une infraction aux lois pénales pour qu'il soit tenu d'y appliquer les peines portées par la loi, encore que le Ministère public n'ait pris aucune réquisition ⁽³⁾. »

D'ailleurs, le texte de l'article 182, Instr. cr., est formel : il nous apprend d'une façon très nette que la partie civile

(1) Le Sellyer, *Traité de l'exercice et de l'extinction de l'action publique et de l'action civile*.

(2) *Traité de l'instruction criminelle*.

(3) Cass., 1828, pourvoi du procureur général Dupin.

peut, par citation directe, mettre en mouvement l'action publique et saisir le tribunal. Nulle part il ne nous dit que les conclusions du Ministère public soient nécessaires pour que le tribunal soit valablement saisi. « Le tribunal sera saisi, en matière correctionnelle, de la connaissance des délits de sa compétence, soit par le renvoi qui lui en sera fait d'après les articles 130 et 160, Instr. cr., soit par la citation donnée directement au prévenu et aux personnes civilement responsables du délit par la partie civile..., etc. ⁽¹⁾. » Si le système de M. Le Sellyer était fondé, il en résulterait non seulement que le tribunal de répression ne pourrait prononcer aucune peine contre le prévenu, dans le silence du Ministère public, mais même qu'il serait incompétent pour statuer sur les intérêts civils. Le droit de la partie lésée serait absolument illusoire, s'il était à la discrétion absolue du Ministère public. L'erreur de cette opinion, c'est de confondre deux choses bien distinctes : la mise en mouvement de l'action publique qui appartient à la partie lésée comme au Ministère public, en cas de délit et de contravention, et l'exercice de l'action publique qui n'appartient qu'au Ministère public.

La partie lésée ne peut user du droit de citation directe qu'en matière correctionnelle et de simple police. En matière criminelle, elle a seulement la faculté de porter plainte et de se constituer partie civile. « Toute personne qui se prétendra lésée par un crime ou un délit pourra en rendre plainte et se constituer partie civile... »

C'est probablement en raison de la gravité de la poursuite que le législateur n'a pas voulu lui reconnaître ce droit ⁽²⁾.

(1) Art. 182, Instr. cr.

(2) Il y a cependant exception à ce principe dans les cas prévus par les

Certains obstacles ont été cependant apportés, dans différents cas, au droit de citation directe. Aux termes de l'article 5 de la loi du 27 juin 1866 (délit commis à l'étranger par un Français), la poursuite ne peut être intentée qu'à la requête du Ministère public. — D'après les articles 479 et 483, Instr. cr., et la loi du 20 avril 1810, les fonctionnaires de l'ordre judiciaire et certains dignitaires ne peuvent être poursuivis que par le procureur général et devant la Cour d'appel.

Tel est le droit dont la partie lésée a la faculté d'user pour mettre directement en mouvement l'action publique. Elle peut aussi y contribuer d'une façon indirecte en portant soit une simple plainte, soit une plainte avec constitution de partie civile. — La constitution de partie civile permet au plaignant de se joindre au Ministère public pour soutenir sa demande en réparation : elle lui donne en même temps un véritable droit de surveillance de l'exercice de l'action publique. Elle saisit le juge d'instruction et l'oblige à ouvrir une information dont l'issue pourra être le renvoi de l'auteur du fait incriminé devant la juridiction de jugement. Il en est ainsi, quelles que soient les réquisitions du procureur de la République. Telle est l'opinion de la jurisprudence et de la plupart des auteurs. « Lorsqu'une personne lésée par un crime ou un délit s'est constituée partie civile devant le juge compétent, conformément à l'article 63, Instr. cr., ce magistrat se trouve régulièrement saisi de l'affaire et doit lui donner une solution. Le Ministère public, à qui la plainte est communiquée par le magistrat instructeur, ne peut se dispenser de formuler à son sujet des réquisitions, ne serait-ce que pour demander le non-lieu, sauf au juge d'instruc-

paragraphes 3 et 4 de l'article 47 de la loi du 29 juillet 1881 (Diffamation envers les fonctionnaires publics, les jurés et les témoins).

tion à statuer comme il le jugera convenable » (D. P. 1881-2°, 33).

Nous nous rallions à cette opinion qui nous paraît entièrement conforme au système du Code. Nous pensons que cette conséquence de la constitution de la partie civile a été contestée à tort. Le particulier lésé peut, en effet, trouver dans ce droit un correctif à l'absence du droit de citation directe en matière criminelle. Il aura, en se constituant partie civile, le moyen d'exiger la garantie d'une instruction qui sera ouverte sur l'acte dont il a été victime alors qu'il ne peut en traduire l'auteur devant la juridiction compétente. D'ailleurs, en usant de ce droit, le plaignant se soumet à une sérieuse responsabilité, et on ne peut reconnaître au Ministère public le droit de ne tenir aucun compte de semblable réclamation, sans que le juge d'instruction l'ait examinée. Du reste, en exigeant que le Ministère public donne ses conclusions, on ne porte en rien atteinte à son indépendance. Cette indépendance consiste pour lui à exercer l'action en tel ou tel sens au gré de ses conclusions : elle ne saurait aller jusqu'à lui permettre de paralyser l'action publique mise en mouvement par un autre que par lui. L'officier du Ministère public peut bien conclure au non-lieu, mais il doit conclure. Après que le juge a statué, il lui appartient aussi, s'il le juge utile, de faire opposition devant la chambre des mises en accusation.

La question des effets de la plainte avec constitution de partie civile a été agitée dans la discussion du projet de réforme du Code d'instruction criminelle. Le projet présenté par le gouvernement en 1879 consacrait le droit de la partie lésée. La plainte, pour saisir le juge, doit être accompagnée d'une constitution de partie civile. Le Sénat n'a pas admis cette partie du projet. « L'État, disait M. Dauphin, ne

doit pas aux simples particuliers ses juges d'instruction. Il n'y a pas d'obligation pour lui à fournir à tous les plaignants les moyens d'action que la législation a créés pour la défense de la société et dont son représentant, le Ministère public, a seul le droit de disposer. » M. le garde des sceaux, Martin-Feuillée, a combattu avec raison, en 1884, cette théorie du monopole du Ministère public qui aboutissait, comme l'a dit M. Goblet, à « la confiscation de l'action publique. » Voici comment s'exprimait M. Martin-Feuillée : « Le droit de saisir le juge a toujours été considéré comme une sorte de droit naturel, presque une de nos libertés publiques. On fausse véritablement l'institution du Ministère public. Cette grande institution du Ministère public n'a pas été créée pour empêcher les intérêts privés de se protéger eux-mêmes : elle a été organisée pour suppléer au manque de vigilance et d'énergie des intérêts privés. » (Séance du 5 novembre 1884, *Journal officiel*).

La commission de la Chambre a rédigé, de la façon suivante, l'article 42 du projet : « Le juge d'instruction est saisi, soit par les réquisitions du Ministère public, soit par la plainte de la partie lésée. Cette plainte n'aura d'effet qu'autant que le Ministère public en aura reçu communication du plaignant et que celui-ci aura déclaré se porter partie civile.

Il est à désirer que cette rédaction soit adoptée. Les droits de la partie lésée seront ainsi sauvegardés. La justice trouvera en elle un utile auxiliaire et en même temps la présence du magistrat instructeur qui clora l'information par son ordonnance sera une garantie de la sincérité de la poursuite ⁽¹⁾.

(1) Guillot, *Principes du nouveau Code d'instruction criminelle*.

Nous avons dit plus haut que la partie lésée pouvait se contenter d'adresser une plainte sans se constituer partie civile. Nous avons examiné, dans un chapitre précédent, quels étaient, en l'espèce, les droits du Ministère public. Nous ne reviendrons pas sur cette question.

CHAPITRE VI.

DES CAS OU LE MINISTÈRE PUBLIC NE PEUT, QUE SOUS CERTAINES CQNDITIONS, METTRE EN MOUVEMENT L'ACTION PUBLIQUE.

Le principe de l'indépendance de l'action du Ministère public souffre quelques exceptions formellement inscrites dans la loi. M. Faustin Hélie a formulé sur ce point l'intention du législateur : « La limite de l'exception doit être prise non dans les règles du droit mais dans les considérations plus flexibles de l'utilité sociale. L'action publique peut s'arrêter là où le mal causé par le délit est secondaire et où la poursuite serait pour la société un péril réel ⁽¹⁾. »

Nous allons aborder dans les chapitres suivants les hypothèses dans lesquelles le Ministère public n'a pas toute son indépendance et n'est pas libre de mettre en mouvement et d'exercer l'action publique. — Cette action rencontre un obstacle temporaire s'opposant à son exercice dans différents cas :

A. Quand elle est subordonnée à la nécessité d'une autorisation préalable.

(1) F. Hélie, *Inst. crim.*, tome II.

B. Quand elle est subordonnée à la nécessité d'une plainte ou d'une dénonciation.

C. Quand elle est suspendue par une question préjudicielle.

Ces exceptions, dont nous allons nous occuper, et qui ont déterminé le législateur à porter atteinte à l'indépendance du Ministère public peuvent, dit Trébutien, dans son *Exposé des motifs*, être classées en trois groupes : « les unes sont fondées sur un intérêt de famille, d'autres sont introduites dans l'intérêt de l'État, les dernières sont basées sur ce que l'infraction ne blesse que très indirectement l'ordre public et s'attaque surtout à l'ordre public. »

SECTION I.

NÉCESSITÉ D'UNE AUTORISATION PRÉALABLE.

A. Membres des Chambres.

Le législateur a soumis à la nécessité d'une autorisation préalable les poursuites contre les membres de l'une et l'autre Chambre. Nous allons examiner les motifs de cette garantie dite parlementaire.

— Dans un rapport présenté à l'Assemblée nationale le 21 décembre 1872 au nom d'une commission chargée d'une demande en autorisation de poursuite, M. Claude (de Meurthe-et-Moselle), précisait en ces termes le caractère et le but de cette garantie parlementaire : « Dans les temps troublés, lorsque la représentation nationale se trouve en lutte avec des gouvernements qui ont été quelquefois des gouverne-

ments despotiques, on devait craindre qu'un pouvoir peu scrupuleux, sous le prétexte d'une poursuite judiciaire, parvînt à se débarrasser d'un représentant dont il pouvait redouter la parole, le vote ou même l'influence personnelle sur ses collègues. On pouvait craindre aussi que le pouvoir exécutif, par des voies indirectes, ne portât atteinte à cette inviolabilité du député relative à ses actes et à ses paroles au sein de l'Assemblée et dans l'exercice de ses fonctions... » Tels sont les motifs qui ont fait établir cette garantie. Les représentants sont soumis aux lois pénales; l'Assemblée ne peut les affranchir des conséquences de leurs crimes ou de leurs délits : mais les Constitutions ont voulu garantir le Parlement contre les poursuites suscitées par la passion politique, poursuites qui auraient pu entraver l'exercice des fonctions législatives. Une assemblée est assez impartiale pour reconnaître si la poursuite dirigée contre un de ses membres est loyale et sincère. Dans ce cas, elle l'autorisera. Si, au contraire, cette poursuite cache une manœuvre politique, une manœuvre de parti, elle refusera son autorisation.

Mais à côté des avantages que présente cette autorisation des Chambres, il y a des inconvénients : le membre du Parlement est tenté quelquefois de se mettre au-dessus du droit commun; souvent aussi l'esprit de corps entre en jeu, et il peut y avoir tendance à repousser les demandes de poursuite, même si elles sont justes. La Chambre ne se borne pas toujours à examiner si la poursuite n'a pour objet que d'empêcher l'exercice du mandat de député : elle fait trop souvent porter sa discussion sur le fondement de la prévention. Nous en avons eu des exemples en 1892, lors de la demande de poursuites sollicitée par le Procureur général près la Cour de Paris contre des membres du Parlement (Affaire du Panama).

— Quelle est la nature de cette garantie ?

« Aucun membre de l'une ou l'autre Chambre ne peut, pendant la durée de la session, être poursuivi en matière criminelle, ou correctionnelle qu'avec l'autorisation de la Chambre dont il fait partie. La détention ou la poursuite d'un membre de l'une ou l'autre Chambre est suspendue, pendant la session et pour toute la durée, si la Chambre le requiert ⁽¹⁾. » Il résulte de ce texte que : 1° cette garantie parlementaire ne s'exerce qu'en matière criminelle et correctionnelle : les poursuites devant le tribunal de simple police peuvent avoir lieu sans autorisation préalable. On n'a pas cru, à raison de la rareté des condamnations corporelles prononcées par le tribunal de simple police, devoir s'occuper de cette hypothèse.

2° Elle ne s'exerce que pendant la durée des sessions, ce qui signifie qu'elle ne prend pas naissance avant la session et ne se continue pas après. Les poursuites ne peuvent être, avons-nous dit, exercées pendant la session sans autorisation préalable : donc pas d'interrogatoire ni de visites domiciliaires. Mais l'audition des témoins, les expertises, enfin toutes les mesures qui peuvent être prises sans la présence de l'inculpé sont possibles. Si les poursuites ont été commencées avant la session, elles peuvent être continuées ⁽²⁾.

L'article 14 excepte, nous le remarquons, le cas de flagrant délit, c'est-à-dire de délit qui vient de se commettre ou se commet actuellement. Le motif qui a déterminé le législateur à accorder aux membres du Parlement le privilège de l'immunité n'existe plus.

(1) Art. 14, Constitution de 1875.

(2) L'immunité parlementaire ne s'applique qu'à la détention préventive. Si l'emprisonnement a sa cause dans une condamnation régulièrement prononcée, il sera inutile de faire appel à la Chambre dont fait partie le condamné.

— Pour bénéficier de l'immunité parlementaire, il faut être député ou sénateur. Mais cette prérogative appartient-elle aux membres des Chambres dont les pouvoirs n'ont pas encore été vérifiés ? La Cour de cassation, dans un arrêt du 10 avril 1847, s'est prononcée pour la négative, à tort, selon nous. La garantie politique doit couvrir les membres du Parlement à partir de leur élection et non pas seulement à partir du jour de la vérification des pouvoirs. Les élus ont, en effet, reçu mandat de leurs électeurs. Ce mandat sera peut-être annulé par l'invalidation qui peut intervenir, mais, d'après les principes du droit, un mandat annulable produit, tant qu'il n'est pas retiré, les effets d'un mandat valable. On reconnaît si bien à ces élus la qualité de sénateurs ou de députés que, pour citer un exemple, les compagnies de chemins de fer leur accordent des permis de circulation avant la vérification de leurs pouvoirs.

— L'officier du Ministère public qui ne tiendrait pas compte de cette immunité et exercerait des poursuites sans autorisation, tomberait sous le coup de l'article 121 du Code pénal qui prononce la dégradation civique.

— L'Assemblée constituante avait décrété en 1790 (26 juin) l'inviolabilité de ses membres, et décidé qu'en cas de flagrant délit seulement, les députés pourraient être poursuivis conformément au droit commun.

La Convention supprima cette inviolabilité et n'exigea plus aucune demande d'autorisation de poursuite. Le 22 prairial an II, cette Assemblée, sur un rapport de Couthon, déclara que tous les suspects pourraient être traduits devant le Comité de salut public. C'est seulement après le 9 thermidor qu'elle revint sur cette mesure qui ouvrait la porte aux dénonciations et garantit l'indépendance et la liberté parlementaire de ses représentants en insérant dans la Cons-

titution de l'an III que tout individu qui attenterait à la liberté des membres des Assemblées serait mis hors la loi.

Tous les gouvernements qui se sont succédé depuis le commencement du siècle ont admis l'immunité parlementaire.

B. *Membres du clergé* (garantie religieuse).

On entend formuler, par cette garantie, le droit qu'auraient les ministres d'un culte reconnu de n'être poursuivis, à raison des délits commis par eux dans l'exercice de leurs fonctions, qu'après une déclaration préalable d'abus par le Conseil d'État.

Les ministres des cultes ne sont pas fonctionnaires publics dans le sens de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII. En effet, ils ne tiennent aucune mission de la loi et ne sont dépositaires d'aucune portion de l'autorité civile. Leurs fonctions sont absolument religieuses. Le traitement qu'ils reçoivent est une conséquence de leur reconnaissance par l'État. Le Concordat de 1801 en a fait une obligation pour ce dernier. Du reste, aujourd'hui, la jurisprudence qui déclarait l'article 75 de la Constitution de l'an VIII inapplicable aux ministres des cultes n'a plus d'intérêt depuis l'abrogation de cet article par le décret du 19 septembre 1870.

La fonction de ministres du culte ne crée donc pas d'immunité en leur faveur. Examinons si des lois spéciales n'auraient pas soumis à certaines formalités la poursuite à raison des faits délictueux commis par eux.

Les articles 6, 7 et 8 de la loi du 18 germinal an X s'occupent de la matière.

Article 6. — « Il y aura recours au Conseil d'État dans tous

les cas d'abus de la part des supérieurs et autres personnes ecclésiastiques. Les cas d'abus sont : l'usurpation ou l'excès de pouvoir, la contravention aux lois et règlements de la République, l'infraction aux règles consacrées par les canons reçus en France, l'attentat aux libertés, franchises et coutumes de l'Église gallicane, et toute entreprise ou procédé qui, dans l'exercice du culte, peut compromettre l'honneur des citoyens, troubler arbitrairement leur conscience, dégénérer contre eux en oppression ou en injure ou en scandale public. »

Article 7. — « Il y aura pareillement recours au Conseil d'État s'il est porté atteinte à l'exercice public du culte et à la liberté que les lois et règlements garantissent à ses ministres. »

Article 8. — « Le recours compétera à toute personne intéressée : à défaut de plainte particulière, il sera exercé d'office par les préfets. Le fonctionnaire public, l'ecclésiastique qui voudra exercer ce recours adressera un mémoire détaillé et signé au conseiller d'État chargé de toutes les affaires concernant les cultes, lequel sera tenu de prendre, dans le plus court délai, tous les renseignements convenables, et, sur son rapport, l'affaire sera suivie et définitivement terminée dans la forme administrative ou renvoyée, selon l'exigence des cas, aux autorités compétentes. »

— Des poursuites judiciaires peuvent-elles donc être exercées contre les ministres du culte sans que le Conseil d'État ait été appelé à connaître préalablement des faits qui motivent ces poursuites?

Trois hypothèses peuvent se présenter : 1° le fait incriminé ne constitue qu'un abus pur et simple : Il y a lieu, alors, de saisir le Conseil d'État, qui statue sur l'ensemble de l'affaire et la termine.

2° Le fait incriminé constitue un crime ou un délit de droit commun. L'action en justice peut être intentée directement sans aucune intervention de l'autorité administrative si l'acte a été commis par le ministre du culte, en dehors de l'exercice de ses fonctions ou même dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions. Ainsi si le ministre du culte se rend coupable de délits ou de crimes de droit commun, tels que blessures, homicide (même dans l'exercice du culte), un tel fait ne constituant pas un abus peut être déféré directement aux tribunaux ordinaires.

Un arrêt de la Cour suprême du 16 avril 1880, D. P. 80. 1. 234, nous offre un exemple.

Les tribunaux ordinaires sont compétents pour apprécier si l'acte a été commis ou non par le ministre du Culte dans l'exercice de ses fonctions.

3° Le fait incriminé renferme à la fois un abus des fonctions ecclésiastiques et une infraction à la loi pénale. Le Conseil d'État ne doit-il pas alors être saisi préjudiciellement de l'appréciation du fait par appel comme d'abus et être appelé avant toutes poursuites criminelles, correctionnelles ou de simple police à terminer l'affaire par voie administrative ou à la renvoyer aux tribunaux compétents? La question a été gravement discutée. Deux théories sont en présence : l'une qui considère la poursuite devant les tribunaux comme étant complètement indépendante du recours pour abus devant le Conseil d'État, et comme n'étant pas subordonnée à l'exercice préalable de ce recours. « Lorsque le fait prend le caractère d'un délit il cesse d'être soumis aux règles qui ne concernent que les abus; il est saisi par le droit commun; toute la difficulté est d'apprécier le véritable caractère de fait. Si l'acte compris parmi les cas d'abus ne constitue ni délit ni contravention, les règles de la

discipline ecclésiastique continuent leur cours et les formes prescrites pour l'action des parties lésées sont maintenues. Cette distinction suffit pour séparer les abus et les délits et pour empêcher qu'aucune entrave n'arrête l'application de la loi pénale (F. Hélie et Chauveau, *Théorie du Code pénal*, tome XXXVI, p. 59). Un auteur, M. Vuillefroy (*Traité de l'administration du culte catholique*, p. 647), cite, à l'appui de cette opinion les paroles adressées, le 22 février 1808, par le garde des sceaux à un procureur général. « Les curés et desservants ne peuvent être considérés comme fonctionnaires publics, et hors les cas de recours au Conseil d'État qui ont remplacé les cas d'abus les délits dont ils sont accusés rentrent dans la classe des délits ordinaires. »

D'après d'autres opinions, le Conseil d'État étant seul juge des cas d'abus peut seul vérifier préalablement s'il y a abus dans le fait poursuivi, et, ensuite de son examen, décider s'il y a lieu de terminer l'affaire administrativement.

Les textes ne sont pas favorables à cette interprétation. L'article 6 de la loi de germinal énumère les cas d'abus et, de l'examen de cette énumération, il se dégage clairement que le législateur n'a eu l'intention d'y comprendre que le manquement aux devoirs sacerdotaux. Cette loi de germinal qui mentionne la contravention aux lois et règlements de la République n'a certainement en vue que les lois et les règlements ayant trait aux matières ecclésiastiques : il n'a pas songé un seul instant aux infractions à la loi pénale. Ce qui dénote bien que le législateur n'a pris en considération que les matières ecclésiastiques, c'est que l'article 7 de la loi de germinal indique que la voie du recours est ouverte non seulement à la partie lésée, mais encore au préfet et à l'ecclésiastique, et cet article ajoute : « L'ecclésiastique

adressera un mémoire signé et détaillé au Conseil d'État, chargé de toutes les affaires concernant les cultes. » Voilà qui est formel et qui corrobore notre opinion qui est d'accord, croyons-nous, avec l'esprit de la loi. Si on avait voulu attribuer aux ministres des cultes une immunité semblable à celle qui est accordée aux membres du Parlement, on s'en serait formellement expliqué : c'est en vain que nous cherchons un texte !

La jurisprudence craignant des poursuites inconsidérées des particuliers à fin de traduire les ecclésiastiques devant les tribunaux, a longtemps décidé que le Ministère public seul pouvait agir directement devant les tribunaux de répression. Le particulier devait demander au Conseil d'État une autorisation préalable. La Cour de cassation a adopté, en 1888, un système différent qui résume l'opinion que nous avons admise (D. 1888. 1. 443). Il a rendu l'arrêt suivant, dans lequel nous lisons ces motifs : « attendu que le Code d'instruction criminelle (art. 1, 4 et 182) confère expressément à la partie civile comme à la partie publique le droit de saisir directement les tribunaux correctionnels, que ce droit ne peut subir d'autres restrictions que celles qu'il convient au législateur d'y apporter. Mais que — il est juste de reconnaître qu'une telle restriction n'est écrite dans aucun de ses articles et que la sagesse du législateur n'a pas pris soin de l'annoncer ; — que si sa volonté avait été d'instituer au profit des personnes ecclésiastiques un privilège qui les couvrirait d'une sorte d'inviolabilité, il l'aurait certainement proclamé dans un texte exprès et formel au-dessus de toute controverse... etc. »

SECTION II.

NÉCESSITÉ D'UNE PLAINTÉ OU D'UNE DÉNONCIATION PRÉALABLE.

La règle générale qui veut que le Ministère public puisse mettre en mouvement l'action publique *proprio motu* se fonde sur l'intérêt social; elle n'est cependant pas sans exception : en effet, il est des cas où l'application trop rigoureuse d'une loi sévère compromettrait plus gravement l'ordre social que l'impunité du coupable. Certains délits ne peuvent donc être poursuivis que sur la plainte de la personne qui en a été victime. Ces délits sont spécialement déterminés par la loi. En effet, le droit pour le Ministère public d'exercer des poursuites étant la règle générale, ne saurait souffrir d'exception qu'en vertu de dispositions formelles de la loi.

Dans certains cas, le législateur a tenu compte de l'intérêt, de la paix et du repos des familles en même temps que de l'honneur et de la considération des personnes. Dans d'autres cas, le législateur estime qu'il s'agit d'infractions qui blessent bien plus directement l'intérêt privé que l'intérêt public, et que ce dernier est si légèrement atteint qu'il convient de ne pas intenter l'action tant que la partie lésée n'a pas provoqué la poursuite. « La limite de l'exception, dit Faustin Hélie, doit être puisée non dans les règles du droit, mais dans des considérations plus flexibles d'utilité sociale. L'action publique peut s'arrêter là où le mal causé par le délit est secondaire et où la poursuite serait pour la

société un péril réel. » — Ces exceptions au principe de l'indépendance du Ministère public s'appliquent à trois classes d'infractions : A. La première comprend les infractions qui ne peuvent être poursuivies sans une plainte de la partie lésée. Ces délits sont : l'adultère, l'enlèvement de mineure, la diffamation et l'injure, les délits de chasse et de pêche sur le terrain ou dans les eaux d'autrui, les délits de contrefaçon industrielle. B. La deuxième comprend les infractions qui ne peuvent être poursuivies que sur l'initiative de l'administration publique lésée : délits des fournisseurs des armées de terre ou de mer, infractions fiscales. C. La troisième comprend les infractions dont la poursuite doit être provoquée soit par une plainte des personnes lésées, soit par une dénonciation émanant du corps ou du gouvernement indirectement atteint par le délit : diffamations ou injures contre agents de l'autorité publique, les délits commis, hors du territoire français, par des Français contre un Français ou un étranger.

Tout d'abord, examinons si la plainte doit être, dans ces différents cas, revêtue de formes particulières.

M. Faustin Hélie soutient l'affirmative. « Dans le cas où le délit peut être poursuivi d'office par le Ministère public, l'action publique pouvant librement se mouvoir, il s'ensuit que la validité de la procédure est indépendante des irrégularités de la plainte. Mais lorsque la poursuite puise sa validité dans la plainte, il est nécessaire que cet acte, base unique de l'action, soit régulier : il est nécessaire qu'il constate la volonté formelle du plaignant et il ne peut en fournir la preuve que par l'accomplissement des formalités exigées par la loi. Les articles 31 et 65, Instr. cr., doivent donc, dans ce cas, recevoir leur application (F. Hélie, t. III, p. 56).

M. Mangin ne partage pas cette opinion. D'après le

savant criminaliste, il n'est pas utile que la partie intéressée ait recours aux formalités prescrites par les articles 31 et 65, Instr. cr. Bien plus, il n'est même pas nécessaire qu'il y ait une plainte si la partie lésée met l'action civile en mouvement. Le ministère public devient alors recevable à intenter son action. S'il est obligé de garder le silence, ce n'est qu'autant que la partie lésée ne réclame pas. Mais si, par exemple, un mari forme une demande en divorce contre sa femme, l'action publique peut être mise en mouvement. « Il y a donc plainte, dénonciation dans le sens de la loi, dès que celui qui a souffert réclame une réparation, soit qu'il la demande aux tribunaux criminels, en provoquant l'action publique pour y joindre la sienne, soit qu'il l'adresse aux tribunaux civils, ainsi que l'article 3, Instr. cr., lui en laisse la faculté » (Mangin, I, p. 275).

Nous n'adopterons ni l'un ni l'autre de ces systèmes. La jurisprudence admet que la loi n'a assujéti à aucune forme spéciale et déterminée la plainte de la partie lésée et qu'il appartient aux tribunaux d'apprécier si l'action du Ministère public a été suffisamment provoquée ⁽¹⁾. Rien ne prouve d'ailleurs que la loi ait voulu renvoyer aux articles 31 et 65, Instr. cr. Pourquoi, dès lors, suppléer à l'intention du législateur? Du reste, la volonté du plaignant peut très bien se manifester sans que la plainte soit revêtue de formes particulières : une simple lettre indiquera nettement quelle est cette volonté. — La loi a exigé simplement que l'action publique soit provoquée par la partie lésée : ce but est parfaitement atteint lorsque la victime de l'infraction dénonce au Ministère public les faits qui lui ont porté préjudice.

(1) S. 58. 1. 335.

Nous nous écartons de la théorie de Mangin tout en adoptant le principe. Nous ne pouvons admettre, par exemple, que le fait de se constituer partie civile devant la juridiction civile équivaut à la plainte exigée. Les deux actions, publique et civile, ont, en effet, un but bien différent. La première tend au châtement du coupable, la seconde, à la réparation du préjudice causé. On ne peut évidemment conclure du fait que la partie lésée poursuit devant un tribunal civil cette réparation du préjudice qu'elle a voulu mettre en même temps l'action publique en mouvement. En effet, si elle avait eu réellement l'intention d'obtenir le châtement du coupable, il lui suffisait de dénoncer le fait au Ministère public qui aurait ainsi recouvré son droit d'action.

Nous rejetons également la doctrine de M. Faustin Hélie pour le motif que nous avons indiqué, à savoir qu'aucun texte ne renvoie aux articles 31 et 75, Instr. cr.

Cependant, il ne faut pas exagérer notre principe et reconnaître le caractère de plainte à certains renseignements administratifs relatant des faits de diffamation ou injures sans en demander la répression. La volonté du plaignant doit être nettement formulée. Il est inutile, néanmoins, que la plainte spécifie le délit (d'ailleurs la qualification donnée au fait par le plaignant ne lie pas le Ministère public) (Cass., D. 45. 1. 348). Il n'est même pas nécessaire qu'elle soit datée (Cass., D. 61. 1. 186) : il suffit qu'il soit établi qu'elle a précédé la mise en mouvement de l'action publique.

La loi exige cependant, dans certains cas, une forme spéciale. 1° En matière de diffamation ou d'injure adressées aux Cours et autres corps énumérés (art. 30, L. 29 juillet 1881). Il est nécessaire, dans ce cas, que ce corps demande les poursuites par une délibération prise en assemblée géné-

rale. — 2° Dans le cas d'offense envers les chefs d'État ou d'outrage envers les agents diplomatiques étrangers. — La poursuite se fera, dans ces cas, d'office sur leur demande adressée au ministre des Affaires étrangères et transmise par celui-ci au ministre de la justice.

— La plainte peut être adressée indistinctement, soit au procureur général, soit au procureur de la République, soit au juge d'instruction, soit à un officier de police judiciaire.

— Le Ministère public reprend, une fois qu'il est saisi de la plainte, toute son indépendance : il demeure libre d'agir ou de ne pas agir. « En thèse générale, dit M. Faustin Hélie, le Ministère public, dès que la plainte a été déposée entre ses mains, reprend le libre et entier exercice de l'action publique. La partie lésée a le droit de ne pas porter plainte, mais c'est là tout son droit : elle peut suspendre et empêcher la formation de la poursuite, mais c'est là tout ce qu'elle peut. La loi ne lui a pas donné d'autre privilège. Elle a épuisé tout son pouvoir en formulant sa plainte, elle n'exerce plus aucune influence au delà. L'action qu'elle a provoquée ne lui appartient pas : le Ministère public, dès qu'il en est saisi, l'exerce seul et ne doit considérer que les intérêts de l'ordre qui lui sont confiés (1). » L'effet de cette plainte ne peut non plus être arrêté par le désistement du plaignant ou sa transaction avec le prévenu : en effet, la loi ne dit nulle part qu'une fois que la plainte a été déposée, la partie lésée doit y persister, pour que l'action publique puisse être suivie. Il y a cependant dérogation à cette règle générale : 1° en matière d'adultère ; 2° en matière de diffamation et injure.

(1) F. Hélie, *Instruction criminelle*, n° 757.

§ I.

PREMIÈRE CATÉGORIE (fondée sur l'intérêt des familles).

Section I. *Adultère.*

L'exposé des motifs du Code pénal explique quelle a été, en cette matière, la pensée du législateur : « Il est une infraction aux mœurs moins publique que la prostitution, mais presque aussi coupable : si elle ne propose pas des habitudes aussi dépravées, elle présente la violation de plus de devoirs : c'est l'adultère. Placé dans tous les Codes au nombre des plus graves attentats aux mœurs, à la honte de la morale, l'opinion semble excuser ce que la loi doit punir : une espèce d'intérêt accompagne le coupable : les railleries poursuivent la victime. Cette contradiction entre l'opinion et la loi a forcé le législateur à faire descendre dans la classe des délits ce qu'il n'était pas en sa puissance de mettre au rang des crimes. » Mais le législateur ne s'est pas borné à modérer les peines de ce délit ; il a environné la poursuite de formes et de conditions qui la rendent difficile et il a subordonné la mise en mouvement de l'action publique à la plainte de l'époux outragé (C. pén., art. 336 et 339). Parallèlement à l'intérêt public qui en réclame la répression, il y a l'intérêt contraire de la famille et des enfants, dont l'époux offensé est le seul juge. Lorsque celui-ci garde le silence, le Ministère public ne doit pas, d'office, engager la poursuite à moins que l'adultère n'ait dégénéré en un autre délit.

L'adultère de la femme et l'adultère du mari (quand il est accompagné de diverses circonstances déterminées par la loi) sont punissables. Mais l'inconduite de l'épouse présente, au point de vue social, des conséquences beaucoup plus graves

que celle du mari. Aussi la loi établit une différence et se montre beaucoup plus sévère pour la femme. Celle-ci, par son libertinage, peut introduire dans la famille des enfants qui en usurpent le nom et la dépouillent. Le mari, au contraire, ne fait qu'outrager la foi conjugale. Le Code punit l'adultère de la femme en quelque endroit qu'il ait été commis : il ne réprime celui du mari que dans le cas où il a eu lieu avec une concubine entretenue au domicile conjugal.

Occupons-nous d'abord de l'adultère de la femme.

A. *Adultère de la femme.* — Le délit d'adultère existe, de la part de la femme, dès que l'acte qui lui est imputé renferme les caractères généraux de ce délit : 1° la qualité de femme mariée; 2° un fait matériel d'adultère; 3° une intention criminelle.

D'après l'article 336, « l'adultère de la femme ne pourra être dénoncé que par le mari. » La loi, par exception au principe général, ne permet donc pas au Ministère public, pour les raisons que nous avons indiquées, de mettre l'action publique en mouvement, sans une plainte du mari. Le droit de dénoncer le délit appartient exclusivement à celui-ci et n'est pas transmissible à ses héritiers : il peut cependant être exercé par un fondé de pouvoir spécial. En formant une plainte contre sa femme, le mari autorise évidemment le Ministère public à rechercher le complice de celle-ci : par sa dénonciation, en effet, il a démontré que les poursuites étaient opportunes. Si le mari ne forme pas de plainte contre sa femme, le Ministère public ne peut, à notre avis, poursuivre d'office le complice. Les motifs qui ont déterminé le législateur à subordonner le droit du Parquet, en ce qui concerne la femme coupable, à une dénonciation du mari sont les mêmes en ce qui concerne le complice; la procédure

suivie contre ce dernier ne manquerait pas de porter atteinte à la femme. En effet, la cause de la femme et celle du complice sont indivisibles. Il faut, pour que ce dernier soit puni, que le délit principal soit établi et le scandale que le mari a probablement voulu éviter en ne dénonçant pas son épouse existera aussi bien que s'il l'avait dénoncée. C'est, d'ailleurs, ce que disait l'avocat général Gilbert, dans un plaidoyer du 23 janvier 1734 : « L'adultère étant le crime de deux personnes, quoique l'autre coupable soit sujet à d'autres peines que la femme et qu'il n'exige pas les mêmes égards, cependant, comme la poursuite que l'on ferait contre lui réfléchirait sur la femme et qu'elle entraînerait les mêmes inconvénients que l'accusation intentée directement contre elle, il n'est pas davantage permis de poursuivre le coupable sans la volonté du mari. » — C'est l'avis de Mangin qui nous dit : « Les entraves apportées par la loi au libre exercice de l'action publique en cette matière n'ont pour motifs que l'intérêt de la paix et de l'honneur du ménage; mais, dès que le mari a dénoncé l'outrage dont il croit avoir à se plaindre, ces considérations n'existent plus : il n'y a plus à craindre qu'une poursuite indiscrete vienne troubler son union : le Ministère public peut donc agir contre le complice⁽¹⁾. » Ajoutons que la Cour de cassation a rendu un arrêt dans ce sens le 17 janvier 1829 (S. 9. 1. 27).

Si, dans sa plainte, le mari a spécifié la date du fait d'adultère, il résulte de la règle établie par l'article 336 qu'il n'appartient pas au Ministère public de comprendre dans ses poursuites d'autres faits d'adultère qui sont antérieurs à celui qui est dénoncé, et qui ont été découverts pendant l'information⁽²⁾.

(1) Mangin, *Action publique*, tome I.

(2) Poitiers, 4 février 1837.

La dénonciation du mari est donc nécessaire pour que des poursuites soient exercées contre la femme : il y avait cependant un cas où le Ministère public recouvrait son indépendance. Ce cas était prévu par l'article 308 du Code civil ainsi conçu : « La femme contre laquelle la séparation de corps sera prononcée pour cause d'adultère sera condamnée par le même jugement et, sur la réquisition du Ministère public, à la réclusion dans une maison de correction. » Cette peine criminelle, qui n'était autre que la peine correctionnelle de l'emprisonnement édictée par l'article 337 du Code pénal, pouvait donc être infligée à la femme, sur la demande en séparation de corps du mari et sous l'unique condition qu'elle ait été requise par le Ministère public et qu'elle ait été prononcée par le jugement admettant la demande en séparation. Il était cependant nécessaire que la séparation eût été demandée pour cause d'adultère et qu'il y eût eu, à cet égard, une articulation précise qui pût être considérée comme l'équivalent de la dénonciation exigée en matière de poursuites correctionnelles.

Cet article 308 du Code civil est aujourd'hui abrogé par la loi du 27 juillet 1884. Il avait été inséré dans le Code civil provisoirement. Les rédacteurs de ce Code remarquant que les lois pénales en vigueur ne contenaient encore aucune disposition punissant l'adultère avaient cru nécessaire de compléter la législation et de donner au tribunal saisi de la demande en séparation de corps, pour cause d'adultère, une compétence correctionnelle pour réprimer ce délit. Il a été reconnu, avec raison, en 1884, que le mari qui prenait la voie civile avait l'intention, non pas de faire punir sa femme, mais d'obtenir sa séparation de corps. A première vue, on pourrait croire, il est vrai, que puisque l'époux a révélé les causes de séparation ou de divorce, les raisons

qui empêchaient le Ministère public d'agir avaient disparu. Mais il est facile de répondre à cette objection en faisant remarquer que le mari pouvait, pour des motifs d'intérêt supérieur, désirer la séparation de corps, mais voulait éviter la flétrissure qu'une condamnation faisait rejaillir sur sa famille et sur ses enfants.

Cependant, il faut bien le noter, l'action publique, en cas d'adultère, n'appartient pas au mari mais au Ministère public. En effet, que signifie exactement l'article 336? D'après Merlin, « la loi ne dit pas que le mari soit seul recevable à poursuivre comme partie l'adultère de la femme; elle veut qu'il soit seul admis à le dénoncer et qu'entend-elle par là? Qu'à la vérité, le principe de l'action à laquelle donne lieu l'adultère de la femme réside exclusivement dans la personne du mari et que ce n'est que de lui qu'elle peut émaner, mais qu'il n'est pas nécessaire qu'elle soit exercée par lui, qu'il suffit qu'il la mette en mouvement par une dénonciation et qu'alors elle rentre naturellement dans les attributions du Ministère public⁽¹⁾. » M. Mangin adopte cette opinion « quelque étendues que soient les prérogatives que la loi accorde à l'époux, il ne faut pas en conclure cependant qu'il est investi de l'action publique à l'égard de sa femme et de son complice. Cette action ne sort pas des mains du magistrat pour passer dans les siennes. Le mari n'est toujours qu'une partie plaignante, partie privilégiée sans doute, puisque sans lui la poursuite n'aurait pas été exercée, puisqu'il peut même en arrêter le cours, qu'il peut même anéantir les effets des condamnations qu'il a provoquées; mais à part ces exceptions, il n'est qu'un 'plaignant', et c'est toujours au nom de la société que la poursuite est dirigée⁽²⁾. »

(1) Merlin, *Répertoire*.

(2) Mangin, *Action publique*, tome I.

En thèse générale, lorsque le Ministère public, régulièrement provoqué par la plainte, a mis en mouvement l'action publique, il recouvre son indépendance. La partie lésée a bien le droit de porter plainte, mais c'est là tout son droit : elle peut bien suspendre et empêcher la formation de la poursuite, mais elle épuise son pouvoir en formulant sa plainte. Le Ministère public agit alors sans son concours, et il importe peu que le plaignant, après avoir dénoncé le délit, ne s'associe pas à la poursuite : l'action qu'il a provoquée ne lui appartient plus. Le Ministère public, lorsqu'il en est saisi, l'exerce seul et ne doit consulter que les intérêts de l'ordre social qui lui sont confiés. Il n'en est pas de même en matière d'adultère. L'article 337 établit une exception à la règle générale. « Le mari restera le maître d'arrêter l'effet de la condamnation, en consentant à reprendre sa femme. » Il faut bien induire de cet article que le mari qui peut empêcher l'information en ne dénonçant pas l'adultère, et arrêter l'exécution de la condamnation en reprenant sa femme, doit forcément avoir la faculté, par son désistement, d'arrêter la procédure avant que la peine soit prononcée. Cette conséquence résultant de l'article 337, par. 2, a cependant été contestée. M. Favard de Langlade dit : « Lorsque le mari a dénoncé l'adultère de la femme, peut-il arrêter les poursuites du Ministère public? On pourrait le croire en partant de l'article 337, car, puisque cet article permet au mari d'arrêter l'effet de la condamnation prononcée contre sa femme, il semble d'abord assez naturel d'en conclure qu'il peut, à plus forte raison, arrêter l'effet des poursuites tendant à la condamnation. Mais cette conclusion ne serait pas juste : lorsque la condamnation a été prononcée, le scandale causé par le mépris que la femme a manifesté pour ses premiers devoirs est puni ; la société est

satisfaite, la loi autorise le mari à pardonner à sa femme. Mais quand l'action du Ministère public a été mise en mouvement par la plainte du mari, elle cesse d'être enchaînée; elle ne peut être subordonnée à la volonté, au caprice du mari. Dès que la plainte a été portée devant le magistrat, la société doit être satisfaite, et elle ne peut l'être que par le jugement définitif de la plainte en adultère : le mari pourra ensuite pardonner à son épouse coupable ⁽¹⁾. » Cette opinion a été puisée dans les motifs d'un arrêt rendu, le 22 août 1816, par la Cour de cassation. D'après cet arrêt « l'action du Ministère public ne peut être anéantie, ni même suspendue par la demande en séparation de corps portée par le mari devant le tribunal civil : que si la loi autorise la partie lésée à intenter l'action civile, qui lui compète, séparément de l'action publique, devant les tribunaux civils, elle ne lui donne pas le droit d'arrêter ou de suspendre l'action publique. » Mais cette doctrine a été rétractée, en 1823, par arrêt de la même cour. Voici quelle était l'espèce : une femme convaincue d'adultère avait été condamnée par le tribunal correctionnel. Sur son appel, la Cour de Montpellier reconnut que son mari lui avait pardonné et maintint néanmoins la condamnation par le motif que l'action du Ministère public ayant été mise en mouvement par la dénonciation du mari, elle devait conserver sa force indépendamment de ce qui s'était passé entre époux. Cet arrêt fut cassé par la Cour supérieure. Les motifs donnés à l'appui résument toute cette question et nous paraissent intéressants à reproduire : « Attendu qu'il résulte de l'article 336, C. p., que le mari a seul le droit de se plaindre de l'adultère de sa femme, que lui seul a intérêt et qualité pour

(1) Favard de Langlade, Ministère public, *Répertoire de nouvelle législation*.

en provoquer les poursuites, que la loi n'a pas voulu permettre que le repos des familles pût être troublé par des poursuites d'office sur un fait qui, ne laissant jamais de traces qui le rendent certain et manifeste pour le public, ne peut être considéré comme un délit commis envers la société; qu'il importe d'ailleurs à l'intérêt des bonnes mœurs qu'un fait qui blesse la sainteté du mariage ne devienne pas, par une instruction devant les tribunaux, un scandale public; que, par conséquent, le pardon du mari ou sa réconciliation avec sa femme soient toujours accueillis comme une preuve légale que l'adultère n'a pas été commis et comme une fin de non-recevoir contre toutes poursuites.....; qu'il s'ensuit que non seulement le Ministère public n'a pas le droit de poursuivre d'office le fait d'adultère, mais encore que les poursuites ne peuvent être légalement exercées que sur une dénonciation du mari contre laquelle il n'existe pas de fin de non-recevoir par une réconciliation antérieure, opérée avec connaissance des faits dénoncés, et que l'action du Ministère public cesse même d'avoir un caractère légal, lorsque, pendant les poursuites, le mari retire sa dénonciation par une déclaration formelle, ou lorsqu'il en anéantit l'effet par un pardon ou par une réconciliation résultant de circonstances dont l'appréciation appartient aux tribunaux, etc..... » (S. Col. nouv., 7. 1. 309, 7 août 1823).

La même doctrine a encore été admise par des arrêts des 30 juillet 1885 et 24 juillet 1886 (S. 86. 1. 188 et B., n° 277), qui ont décidé, en outre, qu'il n'est point nécessaire, pour que le désistement du mari produise ses effets, que ce dernier déclare en même temps vouloir reprendre sa femme. La Cour, dans le dernier de ces arrêts, se prononce ainsi : « Attendu, en droit, qu'aux termes de l'article 336, Instr. cr., en matière d'adultère, les poursuites du Ministère

public ne peuvent être exercées que sur la dénonciation du mari; que, par une conséquence nécessaire, l'action du Ministère public doit cesser lorsque, pendant les poursuites, le mari rétracte sa plainte par une déclaration formelle; que le mari, en se désistant de sa dénonciation au Ministère public, n'est pas soumis à l'obligation de reprendre sa femme, etc... »

La règle édictée par l'article 337-2° ne saurait donc être sérieusement contestée; elle dérive évidemment, sinon du texte, au moins de l'esprit de la loi. Le législateur a pensé, avec raison, qu'il ne fallait pas que l'exercice de l'action publique fût un obstacle à la réconciliation des époux, et qu'il serait contradictoire de continuer les poursuites malgré la volonté du mari, lorsque son assentiment est nécessaire pour les commencer. Il est à noter, d'ailleurs, que la société a plus d'intérêt à la réunion des époux qu'à la punition d'un délit qui ne laisse jamais de traces qui le rendent certain.

Mais, nous le répétons, l'importance de ces exceptions au principe général ne doit pas être exagérée, et il ne faut pas en conclure que le mari est, en quelque sorte, investi de l'action publique elle-même : on ne peut admettre, sans un texte formel (et ce texte n'existe pas), que la loi ait voulu, par une attribution extraordinaire, lui conférer un pouvoir qui ne peut être exercé que par un fonctionnaire dans un intérêt social. En effet, « si l'adultère est un délit, ce n'est pas parce qu'il blesse les droits du mari, c'est parce qu'il contient la violation du devoir et que cette infraction jette le trouble dans les rapports qui constituent l'ordre social. Il ne peut donc appartenir qu'au Ministère public d'en poursuivre le jugement et d'en requérir le châtement. » Telle est sur ce point l'opinion de M. Faustin Hélie ⁽¹⁾ à laquelle

(1) *Instruction criminelle.*

nous nous rallions. La Cour de cassation a jugé, conformément à cette doctrine, « que si l'article 336, Instr. cr., a réservé au mari seul le droit de dénoncer l'adultère de sa femme, et si, à l'égard de ce délit, cette dénonciation doit précéder les poursuites du Ministère public, aucune loi n'a chargé le mari des poursuites qui sont demeurées à la charge des fonctionnaires auxquels l'action publique est confiée; qu'un jugement, en soumettant l'action du Ministère public au concours de la poursuite personnelle du mari offensé (celui-ci s'était porté partie civile), viole les articles 1, 3, 22, C. Instr. cr. (Cass., arrêt 22 août 1816, *Journ. du Palais*, t. XIII, p. 606).

Il résulte de ces principes différentes conséquences. En premier lieu, il est inutile que le mari figure comme partie dans le procès et se porte partie civile; en deuxième lieu, et nous sommes, ici encore, d'accord avec la jurisprudence, (arrêt Cassation, 26 juillet 1828), il faut décider que le mari ne peut seul interjeter appel ou se pourvoir en cassation contre les décisions rendues sur sa dénonciation. On a prétendu, il est vrai, que la loi en autorisant le mari à arrêter les poursuites et à remettre à la femme les effets de la condamnation, avait voulu nécessairement qu'il fût maître de reprendre et de continuer, s'il le jugeait convenable, l'instance abandonnée par le Ministère public. On a ajouté aussi que l'adultère intéressant avant tout le mari, il était juste que celui-ci participât à l'exercice de l'action publique et eût même à cet égard un pouvoir supérieur à celui du magistrat à qui est confié l'exercice de cette action. La Cour de cassation avait, dans un arrêt du 19 octobre 1837 (S. 37. 1. 1029), admis cette manière de voir. Elle avait même été beaucoup plus loin, et, dans un autre arrêt du 5 août 1841, elle avait décidé que « le Ministère public ne saurait appeler

de son chef ni à l'égard de la femme, ni à l'égard du complice, puisque, par cet appel, il porte atteinte aux droits exclusivement réservés au mari et à la paix de la famille. » Cette opinion était absolument erronée. Aucun texte ne nous dit qu'en matière d'adultère, le pouvoir du Ministère public est complètement subordonné à la volonté du mari. Il est vrai que, par égard pour lui, par respect pour l'honneur de la famille, l'action publique ne sera mise en mouvement que sur sa dénonciation, mais c'est là que se borne l'exception au principe de l'indépendance du Ministère public, et la loi ne va pas jusqu'à obliger le magistrat, maître de l'exercice de l'action publique, à demander au mari l'autorisation d'interjeter appel d'une décision qui lui paraît devoir être réformée.

Le décès du mari survenu après sa plainte, mais avant le jugement, n'éteint pas la poursuite en adultère. En effet, il fallait, pour la mise en mouvement de l'action publique, la dénonciation du mari : cette dénonciation a été faite. Il fallait, pour arrêter la poursuite, son désistement. Ce désistement n'est pas intervenu : on ignore, en effet, si le mari vivant n'aurait pas persisté dans sa plainte. — La Cour de cassation, après avoir longtemps hésité, s'est enfin prononcée dans ce sens (6 juin 1863, S. 63. 1. 401).

— Nous avons vu que le mari devait dénoncer l'adultère de sa femme, pour que l'action publique fût mise en mouvement. Il est cependant des cas où le Ministère public peut répondre par une fin de non-recevoir à la requête qui lui est adressée. Aux termes de l'article 336, C. pén., le mari sera privé du droit de se plaindre de l'adultère commis par sa femme, s'il est dans le cas prévu par l'article 339 (entretien d'une concubine dans la maison conjugale). — Il perd donc, à raison de son inconduite, son droit de plainte. Con-

tempteur des droits de la famille, il ne lui appartient pas de revendiquer les mêmes droits contre sa femme. D'ailleurs, on peut présumer que c'est au mauvais exemple qu'il a donné, que sont dus les désordres de l'épouse adultère, et on ne peut l'admettre à se plaindre d'une faute qu'il a provoquée.

Les conditions exigées par l'article 339, C. pén., pour que la femme puisse être renvoyée de la plainte formée contre elle, sont : 1° que l'adultère du mari ait été commis dans la maison conjugale, c'est-à-dire dans la maison du mari, dans celle où la femme peut être contrainte de demeurer ; 2° que le mari ait entretenu une concubine dans cette maison : ce n'est donc pas seulement l'adultère, c'est l'introduction d'une femme dans le domicile commun, qui constitue le délit du mari. La Cour de cassation a en outre décidé, par un arrêt du 20 novembre 1885 (S. 86. 1. 88, et D. P. 70. 2. 136), que l'exception n'était fondée que dans le cas où l'adultère du mari était, pour ainsi dire, contemporain de celui de la femme. S'il avait eu lieu, à une époque éloignée : si, connu de la femme, elle l'avait pardonné, il n'excuserait plus ses dérèglements. Il est, de plus, nécessaire, pour que cette exception soit accueillie, que le mari soit convaincu des actes d'adultère par décision judiciaire.

Telle est l'idée exprimée devant le Corps législatif par l'orateur du Conseil d'État : « Bien plus, le mari serait privé de cette action (plainte en adultère contre sa femme), s'il avait été condamné lui-même pour cause d'adultère ; alors la justice le repousserait comme indigne de sa confiance et n'ayant pu être convaincu d'adultère que sur la plainte de sa femme, il serait trop à craindre qu'il n'agît que par récrimination. »

Mais est-il nécessaire que cette décision judiciaire soit antérieure à la plainte du mari? La loi ne l'exige pas. Par conséquent, il faut admettre que la femme pourra opposer son exception pendant tout le cours de l'instance dont elle est l'objet, et tant qu'il ne sera pas intervenu contre elle de décision définitive. — Si la femme porte incidemment sa plainte, au cours de la procédure suivie contre elle, le tribunal devra vider l'incident avant de statuer sur l'action principale. Les deux plaintes peuvent même être examinées simultanément ⁽¹⁾.

— La nullité du mariage est aussi une fin de non-recevoir qui peut être opposée au conjoint qui se plaint. On en comprend facilement les motifs. Ajoutons que cette fin de non-recevoir présente les caractères d'une question préjudicielle dont la décision est réservée à la juridiction civile et devant laquelle le tribunal correctionnel doit s'arrêter.

La réconciliation des époux, l'interdiction du mari prononcée par jugement antérieur à la plainte ou au cours de la procédure, la prescription sont aussi des fins de non-recevoir que peut invoquer l'époux coupable.

B. *Adultère du mari*. — Nous avons vu que, pour que l'adultère du mari soit punissable, l'article 339, C. pén., exige que celui-ci ait entretenu une concubine dans la maison conjugale. Il faut donc, pour l'existence du délit, la réunion de deux conditions : 1° Entretien d'une concubine; 2° Présence de cette concubine au domicile du mari. Entretenir une concubine, c'est avoir avec elle un commerce suivi : un fait d'adultère isolé n'est donc pas punissable, même s'il est commis au domicile conjugal. — Le domicile

(1) S. 59. 1. 192.

conjugal est celui où réside le mari, même après qu'un jugement de séparation de corps a été prononcé. La séparation de corps n'a fait, en effet, que relâcher les liens du mariage : le mari reste le chef de l'association conjugale, et c'est au lieu où il habite que se trouve le siège de la famille (Cass., 12 déc. 1857) ⁽¹⁾.

La répression de l'adultère du mari est subordonnée à la plainte de la femme. C'est ce que nous enseigne l'article 339 du Code pénal. Les motifs qui ont, dans ce cas, guidé le législateur sont les mêmes que ceux que nous avons indiqués plus haut. Il était juste de reconnaître à la femme des droits à peu près identiques à ceux du mari. Le rapporteur de la Commission au Corps législatif le dit formellement : après avoir assuré une garantie à l'époux, il était juste d'offrir à l'épouse délaissée, sinon une réciprocité entière, désavouée par la nature des choses et la différence des résultats de l'adultère des deux sexes, du moins un moyen à la femme pour soustraire à des regards la présence et le triomphe de sa rivale ⁽²⁾. »

Il existe donc quelques différences entre les droits de la femme et ceux du mari. L'adultère de la femme entraîne, en effet, des conséquences plus fâcheuses : d'abord parce qu'il peut faire entrer dans la famille légitime un enfant qui n'appartient pas à celui que la loi regarde comme le père : ensuite, parce que dans l'opinion publique il déshonore et ridiculise le mari. Le législateur a pensé, en rédigeant l'article 339, que l'adultère du mari ne présente pas les mêmes dangers, qu'il ne pénètre pas, en général, dans la famille et n'y jette aucun trouble : c'est le motif pour lequel il n'a pas réprimé un fait isolé d'adultère. Ce n'est que lorsque

(1) S. 58. 1. 176.

(2) Locré, tome XXX, com. 13.

cette considération générale cesse d'exister, lorsque le désordre entre dans la maison conjugale avec la concubine entretenue par le mari, que la loi incrimine la violation de la foi conjugale.

La différence existant au point de vue de la pénalité est assez difficile à justifier. L'inégalité dans la répression pour le mari qui a entretenu une concubine au domicile conjugal et pour la femme qui a commis un seul fait d'adultère est inexplicable. On ne voit pas bien pour quel motif le mari n'encourt qu'une peine d'amende tandis que la femme peut être condamnée à l'emprisonnement.

Ajoutons que l'article 339 n'ayant pas reproduit la dernière disposition de l'article 337, la femme ne peut se désister de sa plainte une fois que l'action publique a été mise en mouvement.

Il nous reste à examiner une question qui présente quelque difficulté : le Ministère public peut-il, sur la dénonciation de la femme du mari adultère, poursuivre d'office la concubine de celui-ci?

a) *La concubine n'est pas mariée.* — Le Code qui a pris soin d'inculper expressément le complice de la femme reste muet sur la concubine qui s'est associée au libertinage du mari. Doit-on conclure de ce silence que celle-ci restera impunie? Nous ne le pensons pas. M. Faustin Hélie enseigne cependant une opinion contraire. « En thèse générale, les complices de tout fait qualifié délit peuvent être poursuivis en même temps que les auteurs et sont punissables des mêmes peines. Mais nous sommes ici sur un terrain exceptionnel. La loi, dans l'intérêt des mœurs publiques et pour restreindre, autant que possible, le scandale de ces procès, a limité les personnes qui peuvent être inculpées. Par cela

même qu'elle a désigné le complice de la femme, elle a implicitement exclu la concubine du mari, et comment admettre, si celle-ci était mariée, qu'elle pût être comprise dans une poursuite que le mari n'aurait pas autorisée » (F. Hélie).

Nous répondons de la manière suivante à cette théorie. On peut croire que la complicité présente, dans notre espèce, un caractère spécial qui résulte de la nature du délit, et qu'elle est soustraite, par cela même, à l'application des principes généraux. Mais il faut bien reconnaître que si le Code pénal a mentionné d'une manière formelle, dans son article 338, le complice de la femme, c'est qu'il voulait le soumettre à un genre particulier de preuves et lui infliger, par exception au principe général édicté par l'article 59 du Code pénal, une peine un peu différente de celle qu'il prononçait contre l'auteur principal. Mais cette disposition spéciale n'exclut pas les principes généraux et les articles 59 et 60 du Code pénal doivent recevoir leur application. C'est ce qu'a décidé la Cour suprême. « Attendu que les dispositions des articles 59 et 60 du Code pénal sont générales et s'appliquent à tous les crimes et délits, à moins d'une dérogation spéciale de la loi. Attendu que toute dérogation au droit commun doit être strictement renfermée dans son objet; attendu que les articles 336, 337 et 338 ne sont relatifs qu'à l'adultère de la femme..... Attendu que si ces articles contiennent diverses dispositions spéciales, ils se réfèrent néanmoins implicitement et nécessairement au droit commun sur les points sur lesquels ils gardent le silence.....; qu'il en est de même pour la complicité dont il (l'art. 339) n'a ni rejeté ni modifié les caractères ou les effets. Attendu, en outre, que ledit article 339 dispose spécialement sur les conditions de la poursuite qu'il subordonne à la plainte de la femme comme l'article 336 la subordonne à la plainte du mari; que ne con-

tenant ou ne reproduisant pas d'autres dispositions dérogoatoires au droit commun, il les exclut par là même; attendu que la coopération aux actes qui consomment la violation de la foi conjugale avec les circonstances exprimées audit article, constitue un cas de complicité, aux termes de l'article 60 du Code pénal » (S. 56.1.184).

Il résulte donc de cette jurisprudence qui statue dans notre sens que la concubine peut être poursuivie après dénonciation de la femme.

b) *La concubine est mariée.* — Examinons maintenant le cas, plus intéressant, où la concubine de l'époux adultère est elle-même mariée.

La doctrine est divisée sur cette question. Certains auteurs prétendent que la concubine mariée ne peut être l'objet de poursuites; d'autres professent une opinion contraire et nous nous rangeons à leur système.

Les premiers allèguent qu'il y a violation de l'article 336 qui reconnaît au mari seul le droit de dénoncer sa femme coupable, et ils prétendent que la condamnation qui serait prononcée contre cette dernière rejaillirait nécessairement sur sa famille.

Nous pensons qu'on peut répondre victorieusement à cet argument. Si l'article 336 du Code pénal reconnaît au mari seul le droit de dénoncer l'adultère de sa femme, l'article 339 accorde à la femme, dont le mari a entretenu une concubine dans la maison conjugale, un droit non moins explicite et non moins absolu. Ces droits corrélatifs et de même nature sont indépendants l'un de l'autre et doivent s'exercer avec une égale liberté. Aucune disposition ne fait dépendre l'exercice du droit accordé à la femme par l'article 339 de la condition que le mari de la concubine autorisera la poursuite, et, quand

il s'agit, non plus de protéger le mari par l'application de l'article 336, mais de donner protection à une épouse outragée et d'arriver à l'application de l'article 339, le droit de plainte appartient à la partie lésée et la dénonciation émanée de la femme outragée saisit légalement la justice des faits qu'elle impute à son mari et, par suite, à la complice de celui-ci, la loi n'ayant fait aucune distinction à cet égard ⁽¹⁾.

D'ailleurs, dans notre hypothèse, la concubine mariée n'est pas poursuivie comme auteur principal, mais comme complice. Les articles 59 et 60 du Code pénal, doivent, dès lors, être appliqués, aucun texte n'ayant dérogé à la règle générale.

Section II. *Rapt.*

L'enlèvement de mineurs se présente dans notre Code sous deux aspects différents, suivant qu'il est opéré à l'aide de la fraude ou de la violence, ou à l'aide de la séduction. Les articles 354 et 355 s'occupent du premier cas; les articles 356 et 357 du deuxième. Ce dernier article est seul l'objet de notre examen parce qu'il apporte une restriction au principe de l'indépendance du Ministère public au point de vue de l'action publique.

« Dans le cas où le ravisseur aurait épousé la fille qu'il a enlevée, il ne pourra être poursuivi que sur la plainte de personnes qui, d'après le Code civil, ont le droit de demander la nullité du mariage, ni condamné qu'après que la nullité du mariage aura été prononcée. »

Lorsque le mariage a eu lieu, l'article 357, C. civ., qui s'applique aussi bien, à notre avis, au rapt de violence qu'au

(1) D. P. 1868. 4. 223 et B. n° 56.

rapt de séduction, introduit à la règle générale une exception que nous allons étudier.

Nous trouvons dans l'Exposé des motifs du Code la raison d'être de cette disposition. « Si le ravisseur a épousé la personne qu'il a enlevée, le sort des coupables dépendra du parti de ceux qui ont le droit de demander la nullité du mariage. — S'ils ne la demandent point, elle ne peut avoir lieu, autrement la peine qui serait prononcée contre le coupable rejaillirait sur la personne dont il a abusé, et qui, victime innocente de la faute de son époux, serait réduite à partager sa honte. Il ne suffit même pas, pour que l'époux puisse être poursuivi correctionnellement, que la nullité du mariage ait été demandée; il faut encore, en effet, que le mariage ait été déclaré nul, car il serait possible qu'à l'époque où l'action en nullité serait intentée, il existât une fin de non-recevoir contre les parents, soit parce qu'ils auraient expressément ou tacitement approuvé le mariage, soit parce qu'il se serait écoulé une année sans réclamation de leur part, depuis qu'ils ont eu connaissance du mariage. Ces fins de non-recevoir sont établies par le Code civil. — En ce cas, dès que le mariage ne pourrait plus être annulé, les conditions qui viennent d'être exposées ne permettraient pas que la conduite de l'époux fût recherchée; et si l'intérêt de la société est qu'aucun crime ne reste impuni, son plus grand intérêt, en cette occasion, est de se montrer indulgente et de ne pas sacrifier à une vengeance tardive le bonheur d'une famille entière ⁽¹⁾.

Ainsi donc, toutes les fois que le ravisseur a épousé la fille qu'il a enlevée, la poursuite est subordonnée à deux conditions : il faut : 1° que la nullité du mariage ait été

(1) Locré, § 30, page 487.

demandée; 2° qu'il y ait une plainte formelle de la part des personnes qui ont eu le droit de former cette demande, c'est-à-dire qu'elle émane : 1° des époux, ou de celui des deux dont le consentement n'a pas été libre (art. 180, C. civ.); 2° de ceux dont le consentement était requis, ou de celui des deux époux qui avait besoin de ce consentement, dans le cas où le mariage a été contracté sans le consentement qui aurait été nécessaire (art. 182, C. civ.).

La rédaction de l'article 357 a donné lieu à discussion.

M. Mangin a contesté la nécessité de la plainte. Il a pensé que « l'initiative de la loi était de subordonner l'action publique à la seule annulation du mariage contracté et de lui laisser son libre cours lorsque cette nullité était définitivement prononcée » (Mangin, n° 145). Il lui a paru « que le mot plainte doit s'entendre de la demande en nullité du mariage contracté au mépris des droits des parents ou de toute autre personne; qu'il y a plainte des personnes qui ont le droit de faire annuler le mariage dès qu'elles ont provoqué cette annulation ⁽¹⁾. »

A son avis, du jour où les tribunaux ont annulé ce mariage, le Ministère public peut reprendre sa liberté d'action. « Le ravisseur n'appartient plus par aucun lien à la personne qu'il a enlevée, ni à la famille de celle-ci; repoussé par l'une ou par l'autre, peut-être par toutes les deux, comment la loi les avouerait-elle arbitres de son sort? Quel serait l'intérêt légitime? Ce ne peut être la crainte de l'éclat du procès car, par la demande en nullité, les faits ont reçu toute la publicité que la famille avait à redouter. » Enfin, si la nullité avait été prononcée pour cause d'inceste, l'impunité serait presque assurée au coupable, une sœur ou une nièce se

(1) Mangin, *Action publique*.

décidant rarement à poursuivre leur oncle ou neveu (1). »

Cette théorie, séduisante de prime abord, ne nous semble pas devoir être adoptée. — Les termes de l'article 357 du Code pénal sont formels et subordonnent la poursuite aux deux conditions que nous avons indiquées plus haut.

La distinction entre la demande en nullité et la plainte est d'autant plus essentielle qu'il est possible que ces actes n'émanent pas des mêmes personnes. La première peut, en effet, avoir été formée soit par la famille de la fille enlevée, soit par la famille du ravisseur. La plainte, au contraire, n'appartient qu'aux parents de la victime. En adoptant la théorie de Mangin, on arriverait quelquefois à ce résultat que le Ministère public pourrait agir d'office, c'est-à-dire que l'on irait à l'encontre de l'intention du législateur.

Une manifestation formelle de la volonté des parties intéressées est d'ailleurs nécessaire. Celles-ci peuvent souvent vouloir s'en tenir à la nullité du mariage afin d'éviter le scandale et le retentissement d'un procès. Ce motif surtout nous détermine à conclure que la plainte est nécessaire pour que l'action publique soit mise en mouvement.

Mais cette exception au principe général de l'indépendance du Ministère public est-elle personnelle au ravisseur ou doit-elle être étendue au complice?

Il nous semble qu'elle n'est nullement personnelle au ravisseur. C'est le mariage contracté à la suite du rapt que la loi a voulu protéger, puisqu'elle ne permet l'exercice de l'action criminelle qu'après que la nullité du mariage a été prononcée; cette disposition doit également s'appliquer au

(1) Mangin, *Action publique*.

complice. Comment le législateur aurait-il permis une action qui n'aurait d'autre but que de démontrer que le mariage a pris sa source dans un crime? Les complices doivent ici, par une exception formelle au principe de la complicité, suivre le sort de l'auteur principal; l'intérêt de la famille, supérieur à celui de la répression, commande cette exception. La Cour d'assises de la Seine a cependant jugé que l'exception introduite par la loi était personnelle au ravisseur et ne devait pas être étendue au complice. Nous n'admettons pas cette manière de voir.

§ II.

DEUXIÈME CATÉGORIE (fondée sur l'intérêt privé).

Section I. *Diffamation, injures.*

La loi du 29 juillet 1881 apporte encore des restrictions à l'indépendance du Ministère public, en matière d'injure, et de diffamation. L'article 47 de cette loi, après avoir posé en principe que les délits de presse peuvent être poursuivis d'office par le Ministère public, prend soin de nous indiquer le cas où, exceptionnellement, la mise en mouvement de l'action publique sera subordonnée à la plainte de la partie lésée. Tels sont les cas de diffamation, d'outrage, d'injures et d'offenses.

Expliquons tout d'abord le sens de chacune de ces expressions.

« Toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte

à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé, est une diffamation.

Toute expression outrageante, terme de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait est une injure (art. 29). »

La diffamation ou l'injure commise par discours, cris, menaces, proférées en public, écrits, imprimés, placards, affiches, etc., sera punie (art. 28, 23, 30).

Donnons rapidement quelques explications : il importe peu, pour qu'il y ait diffamation, que le fait allégué ou imputé à autrui soit vrai ou faux. Il suffit que ce fait soit précis et déterminé. La qualification de « canaille » par exemple ne constituerait pas une diffamation, mais une simple injure.

L'injure, au contraire, ne renferme l'imputation d'aucun fait : les éléments de ce dernier délit sont constitués par une expression outrageante, un terme de mépris adressé à une personne déterminée avec intention de nuire et sans provocation ; elle doit être commise dans les circonstances indiquées par les articles 23, 28.

L'offense n'est pas un délit nouveau : cette expression a été employée pour caractériser certains délits commis à l'égard de certaines personnes occupant une situation exceptionnelle : Président de la République, Souverains, etc.

L'outrage est un délit ; mais ce délit n'est considéré comme tel qu'à raison de la qualité des personnes contre lesquelles il a été commis ; envers les particuliers, il se confond avec la diffamation et l'injure. Il se sépare cependant de l'injure en ce qu'il ne s'adresse qu'à des fonctionnaires et qu'il résulte aussi bien des gestes ou menaces que des paroles (*Sic*, art. 222, C. p.).

La loi de 1881 a, dans ces matières, subordonné la suite en mouvement de l'action publique à des formes spéciales :

Si l'injure ou la diffamation s'adresse à des cours, tribunaux ou autres corps indiqués en l'article 30 (les armées de terre et de mer, les administrations publiques), au Sénat, à la Chambre, aux fonctionnaires publics, la poursuite n'aura lieu que sur une délibération prise par eux en assemblée générale et requérant des poursuites. Si le corps n'a pas d'assemblée générale la poursuite sera exercée sur la plainte du chef de corps ou du ministre duquel ce corps relève. — Ainsi, dans le cas où l'injure ou la diffamation est dirigée contre les armées de terre et de mer, c'est le ministre de la Guerre ou de la Marine qui est chargé de porter plainte.

Dans le cas d'injure ou de diffamation envers un ou plusieurs membres de l'une ou l'autre Chambre, la poursuite n'aura lieu que sur la plainte de la personne ou des personnes intéressées.

Article 47-2°. — Cette disposition et celle du paragraphe suivant (47-3°) sont, il faut le remarquer, muettes sur le droit du Président de la République et des ministres. — Quand il s'agit d'eux, le Ministère public peut agir d'office. — Pourquoi cette exception? On l'a expliquée en disant que le Président de la République étant investi de la première magistrature de l'État, la loi doit faire respecter sa dignité.

En ce qui concerne les ministres, on dit que ceux-ci dépendant d'une majorité souvent vacillante n'auraient pas pu ou pas voulu porter plainte; il était donc nécessaire de remettre au Ministère public le soin de poursuivre.

Si l'injure ou la diffamation est dirigée contre un juré ou un témoin, la poursuite n'aura lieu que sur la plainte de ce juré ou de ce témoin qui se prétendra diffamé (47-4°).

En cas d'offense envers les chefs de l'État ou d'outrages

envers les agents diplomatiques étrangers, la poursuite aura lieu, soit à leur requête, soit d'office, sur leur demande adressée au ministre des affaires étrangères, et transmise par celui-ci au Garde des sceaux.

La plainte, une fois portée régulièrement, donne au Ministère public le droit de poursuivre la diffamation ou l'injure; l'officier du Ministère public agit alors avec la plus grande indépendance : il peut apprécier s'il doit mettre en mouvement l'action publique ou s'abstenir. Dans ce dernier cas, le plaignant conserve son droit de citer directement l'auteur du délit ou de se porter partie civile devant le juge d'instruction.

Si le plaignant se désiste, les poursuites, même si elles sont commencées, sont arrêtées (art. 60 *in fine*, même loi).

Le motif qui a déterminé le législateur à apporter en matière d'injures ou de diffamation, une restriction à l'indépendance du Ministère public, est facile à expliquer : ces différents délits portent surtout atteinte à la victime de l'infraction. Il est naturel, dès lors, de lui laisser le soin de mettre en mouvement l'action publique : c'est elle qui apprécie le mieux l'opportunité des poursuites : et le plus souvent, elle préférera garder le silence plutôt que s'exposer à la publicité d'un débat. Il était donc utile, en l'espèce, de protéger la partie lésée, et en même temps de modérer le zèle du Ministère public, zèle qui aurait pu être intempestif.

Section II. *Contrefaçon.*

La loi du 5 juillet 1844, sur les brevets d'invention, apporte une nouvelle restriction à l'indépendance du Ministère public en matière de poursuites.

L'article 1^{er} nous définit le brevet d'invention.

« Toute nouvelle découverte ou invention, dans tous les genres d'industrie, confère à son auteur, sous les conditions et pour le temps ci-après déterminés, le droit exclusif d'exploiter à son profit ladite découverte ou invention. — Ce droit est constaté par des titres délivrés par le gouvernement sous le nom de brevets d'invention. » — Le breveté a le droit d'exploiter le brevet à son profit pendant cinq, dix ou quinze années. La contrefaçon consiste dans l'atteinte portée aux droits du breveté, soit par la fabrication des produits, soit par l'imitation des dessins ou l'emploi des moyens qui peuvent faire l'objet d'un brevet. Cette atteinte est punissable : mais l'action correctionnelle, pour l'application des peines édictées par l'article 40 de la loi, est subordonnée à la plainte de la partie lésée (art. 45).

Quels sont les motifs de cette exception au principe général de l'indépendance du Ministère public ?

On peut dire en premier lieu, que les intérêts de la société ne sont que très indirectement compromis. — Pourquoi celle-ci se montrerait-elle plus intéressée que l'inventeur ? — En deuxième lieu, le Ministère public ignore si celui qu'il prend pour un contrefacteur n'a pas reçu de l'inventeur l'autorisation de fabriquer ou de vendre le produit inventé. — On peut supposer (et c'est ce qui a été dit dans l'*Exposé des motifs* de loi de 1844) que le silence de la partie lésée indique qu'elle a accordé son consentement.

Toute personne à qui appartient le droit exclusif constaté par le brevet a droit de porter plainte : c'est-à-dire le propriétaire, l'usufruitier ou le cessionnaire du brevet.

La plainte une fois formulée, le désistement de la partie lésée ne peut arrêter le cours des poursuites. Telle est l'opinion de la jurisprudence (Cass., 20 janvier 1852, *J. P.*,

1852. 1. 470; Cass., 2 juillet 1853, D. 1854. 1. 366).

Ajoutons que le cas prévu par l'article 45 est le seul pour lequel la plainte de la partie lésée soit nécessaire à la mise en mouvement de l'action publique. — Dans les autres cas, la poursuite des délits de contrefaçon peut être exercée d'office par le Ministère public (art. 425-429, C. pén., loi 18 mars 1806, loi 23 juin 1857), sur les marques de fabrique.

Section III. *Chasse.*

Les délits de chasse ne peuvent, dans certains cas, être poursuivis que sur la plainte de la partie lésée.

Cependant, la règle générale en cette matière est que le Ministère public a la faculté de poursuivre tous les délits. C'est ce que nous apprend l'article 26 de la loi du 3 mai 1844, ainsi conçu : « Tous les délits prévus par la présente loi seront poursuivis d'office par le Ministère public sans préjudice du droit accordé aux parties lésées par l'article 182 du Code d'instruction criminelle. » Voilà la règle générale.

« Néanmoins, dans le cas de chasse sur le terrain d'autrui sans le consentement du propriétaire, la poursuite d'office ne pourra être exercée par le Ministère public sans une plainte de la partie intéressée, qu'autant que le délit aura été commis dans un terrain clos, suivant les termes de l'article 2, et attendant à une habitation ou sur des terres non encore dépouillées de leurs fruits. » Voilà l'exception.

De la lecture de cet article, nous concluons que la loi laisse au Ministère public le droit d'intenter la poursuite d'office toutes les fois qu'il s'agit de contraventions à la police générale de la chasse, par exemple le fait de chasse sans permis ou en temps prohibé. — Si, au contraire, le délit consiste

dans le fait d'avoir chassé sur le terrain d'un particulier sans l'autorisation du propriétaire ou de l'ayant-droit, celui-ci seul est juge de l'opportunité d'une poursuite.

L'exception apportée par l'article 26 du paragraphe 2 est fondée sur la présomption que le propriétaire qui ne se plaint pas a consenti au fait de chasse. Ce consentement, qui peut être exprès ou tacite, est présumé tant que le Ministère public n'est pas saisi d'une plainte. La plainte est nécessaire puisque le délit ne peut exister que si la partie intéressée se prononce formellement. C'est pourquoi, dit M. Faustin Hélie, « la loi ne pouvait exposer le Ministère public à poursuivre dans tous les cas un délit qui aurait été effacé le lendemain de la poursuite par la volonté du propriétaire. »

Cette exception cesse : 1° si le terrain sur lequel on a chassé était attenant à une maison habitée ou s'il était entouré d'une clôture continue faisant obstacle à toute communication avec les héritages voisins; 2° si ce terrain n'était pas dépouillé de sa récolte.

Le législateur a pensé que, dans le premier cas, le propriétaire ne pouvait être considéré comme ayant donné son consentement, et que le délit présentait un caractère particulier de gravité. — A son avis, ce n'était plus seulement un délit de chasse, mais une véritable atteinte à la propriété. — Voici ce que disait le Garde des sceaux à la Chambre des Pairs, à la séance du 17 avril 1843, lors de la discussion de la loi : « Un délit de chasse a paru sortir de la classe ordinaire des infractions de ce genre, c'est celui qui est commis sur un terrain clos appartenant à autrui et dépendant de son habitation. — Ce délit est tellement grave que quelques personnes auraient voulu qu'il fût complètement assimilé au vol et puni comme tel. Le Gouvernement a repoussé cette idée. Si le délit dont il s'agit eût été accompagné de certaines

circonstances aggravantes, il aurait été réprimé de peines afflictives et infamantes; une semblable disposition n'aurait pas été en rapport avec les mœurs actuelles. La chasse doit toujours rester un délit et ne jamais constituer par elle seule un crime » (Faustin Hélie).

Si le terrain n'est pas encore dépouillé de ses récoltes, le Ministère public peut également poursuivre d'office. M. Portalis disait que s'il en était autrement, on accorderait aux chasseurs un véritable privilège.

« Ils pourraient détruire les récoltes. Comme ils seraient présumés les détruire avec le consentement des propriétaires, on ne pourrait pas les poursuivre si les propriétaires ne se plaignaient pas. Cette théorie ne me satisfait pas : elle est en contradiction avec les principes généraux du droit; il me semble que ce que la justice et l'ordre public veulent avant tout, c'est que les champs ensemencés, les récoltes pendantes et même celles détachées du sol soient respectées; par conséquent, la présomption du consentement est en sens contraire » (Exposé des motifs, discours de Portalis).

Le chasseur, poursuivi par le Ministère public, doit établir qu'il avait obtenu le consentement du propriétaire au moment où il a été trouvé en action de chasse. Nous tirons cette conclusion d'un arrêt de la Cour d'Amiens dans lequel nous lisons : « Si cette preuve (du consentement du propriétaire) peut être produite utilement lors de la poursuite, il faut du moins qu'elle établisse clairement la simultanéité du fait et du consentement du propriétaire. Une approbation subséquente et tardivement produite ne saurait ôter au fait accompli le caractère de délit qui lui aurait été imprimé lors de sa perpétration et aurait ainsi couvert l'action publique » (Amiens, 12 novembre 1844, D. P. 8, p. 179).

Cette solution peut paraître un peu rigoureuse, et nous

pensons que si le chasseur pouvait, même après les poursuites commencées, prouver que le propriétaire lui a donné son consentement, il devrait être renvoyé des poursuites. Le but du législateur était, nous l'avons vu dans le discours de Portalis, de protéger le propriétaire. Si celui-ci déclare qu'il a autorisé le prévenu à se livrer à la chasse sur ses propriétés même non dépouillées de leurs récoltes, on peut en conclure qu'il n'a éprouvé aucun préjudice et qu'il ne demande pas à être protégé par la loi.

L'article 26, § 2, nous dit bien que la partie intéressée peut porter plainte; mais, que faut-il entendre par partie intéressée? — Nous devons certainement considérer comme telle, le propriétaire, le possesseur, l'usufruitier, le locataire de la chasse. On discute beaucoup la question de savoir si le même droit appartient au fermier. — Les uns se prononcent pour l'affirmative se fondant sur ceci : que le preneur a droit à tous les avantages que confère la propriété. D'autres disent que le fermier et le propriétaire peuvent également exercer le droit de porter plainte. Le fermier ne porte pas atteinte au droit du bailleur en se livrant à la chasse sur les terres pour lesquelles il paie une certaine redevance. Il faut, d'ailleurs, en l'espèce, voir quelle a été l'intention des parties (*Sic*, Duranton, IV).

Dans un autre système, que nous adopterons, on reconnaît au propriétaire seul le droit de chasse, sauf convention contraire. Le fermier n'a que le droit de cultiver et de récolter; les autres droits restent au propriétaire. — Si le fermier subit des dommages résultant de la dévastation du gibier, il a contre le bailleur une action en dommages-intérêts (*Sic*, Cour Alger, 27 décembre 1876, S. 77. 2. 206).

Si les faits de chasse sont commis sur un terrain loué

non dépouillé de ses fruits, le fermier, lésé, n'a pas besoin, pour poursuivre, du concours du propriétaire du terrain, puisque ce concours n'est même pas imposé au Ministère public (*Sic*, Cassation, 1866. 1. 411; Rouen, D. P. 1868. 5. 61). — Ce qui dénote, d'ailleurs, que la loi de 1844 n'a pas voulu reproduire la disposition du décret de 1790, (art. 1^{er}), c'est que le mot ayant droit a été substitué au terme « propriétaire des fruits. » — Du reste, il faut bien le reconnaître, la chasse n'est pas un droit ayant les caractères d'un fruit ou d'un produit de la propriété : c'est plutôt un droit voluptuaire lié aux attributs de la propriété.

Section IV. *Pêche fluviale.*

On discute la question de savoir si les délits de pêche ne doivent pas être assimilés aux délits de chasse relativement à la nécessité d'une plainte préalable des fermiers ou des propriétaires riverains dont les droits ont été lésés.

M. Mangin se prononce pour l'affirmative. « Cette assimilation a paru suffisamment autorisée par l'identité qui existe entre la faculté que la loi accorde à un propriétaire de se saisir du gibier qui se trouve sur son terrain et celle qui reconnaît au propriétaire riverain de se saisir du poisson qui se trouve dans les eaux qui parcourent les limites de sa propriété. »

Il ajoute : « Il est vrai que l'article 36 de la loi de 1829 autorise les gardes de l'administration à constater le délit prévu par l'article 5, délit qui consiste dans le fait de pêche sans l'autorisation de celui à qui le droit de pêche appartient, et qu'il enjoint à ces gardes de transmettre leurs procès-verbaux au procureur du roi; d'où l'on pourrait induire que celui-ci a le droit de poursuivre, d'office, les faits que les

procès-verbaux constatent. — Mais cette conséquence s'évanouit devant les articles 65 et 67 qui règlent le mode de poursuite lorsque les délits ne portent pas atteinte à la police générale de la pêche.

M. Faustin Hélie professe une opinion différente. Il se fonde sur la discussion du projet de la loi de 1829 et prétend que le législateur a voulu, d'une part, que les propriétaires du droit de pêche armés du droit de poursuivre eux-mêmes les délits qui les ont lésés, fussent libres de donner ou de ne pas donner suite aux procès-verbaux et, d'autre part, que le Ministère public pût suppléer à leur inaction ou à leur faiblesse en poursuivant, d'office, celle de ces infractions qui se renouvelleraient fréquemment et apporteraient une grave atteinte au droit de propriété.

Nous ne nous rallions pas à cette dernière opinion.

En effet, l'article 67 de la loi déclare que les poursuites et actions seront exercées au nom et à la diligence des parties intéressées; cette disposition exclut, à notre avis, le droit du Ministère public d'agir d'office. L'article 36 autorise, il est vrai, les gardes de l'administration à constater le délit prévu par l'article 5, délit consistant dans le fait de pêche sans l'autorisation de celui à qui ce droit de pêche appartient : il enjoint aussi à ces gardes de transmettre leurs procès-verbaux au procureur du roi.

Mais, à notre avis, ce serait se tromper que d'appliquer à la section 2 les principes de la section 1; l'article 65 n'aurait été qu'une répétition inutile des articles 1 et 3, Instr. crim., s'il avait seulement signifié que la partie lésée avait le droit de se porter partie civile.

Nous pouvons encore ajouter à l'appui de notre système qu'antérieurement à la loi de 1829, la jurisprudence avait subordonné la poursuite à la plainte de la partie lésée.

Enfin, lors de la discussion du projet, le rapporteur l'a déclaré à la Chambre des pairs : « la Chambre des députés a pensé qu'à l'égard de la pêche comme à l'égard de la chasse, les particuliers devaient demeurer libres de dénoncer les délits pour lesquels la loi leur donne action directe, » ce qui dénote que le législateur a entendu maintenir l'analogie existant entre la loi sur la chasse et les règlements sur la pêche.

§ III.

EXCEPTION INTRODUITE DANS L'INTÉRÊT DE L'ÉTAT.

Section I. *Délits des fournisseurs militaires.*

On entend par fournisseur militaire tout individu qui se charge de fournitures d'entreprises ou régies pour le compte des armées de terre et de mer. Les fournisseurs peuvent faire courir de très grands dangers à l'État en n'exécutant pas leurs engagements; aussi la loi s'est-elle montrée très sévère à leur égard. Les articles 430-434, C. pén., prévoient le cas où ces fournisseurs auront, sans y avoir été contraints par une force majeure, soit fait manquer le service dont ils sont chargés, soit retardé les livraisons et les travaux, soit fraudé sur la nature, la qualité ou la quantité des travaux ou main-d'œuvre ou des choses fournies. D'après l'article 433, C. pén., la poursuite ne pourra être faite que sur les dénonciations du gouvernement.

Les motifs qui ont déterminé le législateur à édicter cette disposition sont les suivants :

En premier lieu, une poursuite inopportune aurait pu présenter les plus grands dangers pour l'État. En deuxième lieu, il faut bien reconnaître que le Ministère public seul

est, en l'espèce, impuissant à faire la lumière. Le gouvernement, en effet, est seul au courant des fournitures et il est, seul aussi, capable d'apprécier les circonstances dans lesquelles elles ont été faites et quel est le meilleur parti à prendre.

La dénonciation du gouvernement est nécessaire, avons-nous dit, pour que le Ministère public mette en mouvement l'action publique, mais il n'est pas besoin d'un décret : une lettre émanant du ministre de la guerre ou de la marine, suivant les cas, est suffisante. — La Cour de cassation a admis que la dénonciation n'était soumise à aucune forme spéciale.

Section II. *Délits commis par un Français à l'étranger.*

La loi pénale est territoriale : elle s'applique à toutes les personnes, nationaux ou étrangers, qui habitent ou même traversent le territoire. — Les rédacteurs du Code, après avoir consacré le principe de la territorialité de la loi pénale, admirent, à titre d'exception, l'extraterritorialité contre les nationaux qui, hors de France, se seraient rendus coupables d'un crime attentatoire à la sûreté de l'État, de monnaies nationales ayant cours, de papiers nationaux, de billets de Banque, etc., ainsi que contre le national qui aurait commis un *crime* contre un Français. Encore fallait-il, dans ce cas : 1° que le Français coupable fût de retour en France ; 2° que le Français victime du crime ou ses héritiers portassent plainte ; 3° que le coupable n'eût pas été poursuivi et jugé en pays étranger.

Quant à l'étranger, le gouvernement n'avait que le droit de l'expulser de France.

Ce système, qui présentait de graves inconvénients, a été

modifié par la loi du 27 juin 1866. — Cette loi distingue plusieurs cas.

A. Crimes commis par un Français à l'étranger.

On n'exige plus que le crime ait été commis contre un Français ni qu'il y ait eu plainte. La poursuite a lieu maintenant d'office, mais trois conditions sont cependant nécessaires. Il faut : 1° que le coupable soit Français; 2° qu'il n'ait pas été jugé définitivement à l'étranger; 3° qu'il soit rentré volontairement en France.

B. Délits commis par un Français à l'étranger.

Ce délit est punissable sous les conditions suivantes :

1° Le fait qualifié délit doit être réprimé par la loi étrangère;

2° La poursuite doit être précédée d'une plainte de la partie lésée ou d'une dénonciation officielle à l'autorité française par l'autorité du pays où le délit a été commis;

3° La poursuite doit être intentée par le Ministère public;

4° Le coupable doit être rentré en France et n'avoir pas été jugé à l'étranger.

C. Contraventions commises par un Français à l'étranger.

Les seules contraventions réprimées par la loi du 27 juin 1866 sont celles relatives aux matières forestières, rurales, etc.

Nous n'avons à nous occuper dans cette étude que des délits commis à l'étranger; seuls, ils subordonnent la poursuite à

la plainte de la partie lésée ou à la dénonciation de l'autorité étrangère.

Avant la loi de 1866, on ne poursuivait pas les délits, parce que, n'ayant pas été commis en France, ils troublaient peu l'ordre public de ce pays. De plus, les preuves étaient très difficiles à établir, le Ministère public rencontrant de graves difficultés, s'il ne se trouvait pas le plus souvent dans l'impossibilité absolue d'agir. — C'est pour ce motif que la loi a exigé, dans la poursuite des délits commis à l'étranger, le concours du Ministère public et de la partie lésée. Celle-ci peut ainsi éclairer la marche de la justice et donner tous les renseignements nécessaires à l'instruction.

La plainte qui est exigée de la partie lésée est sans doute une garantie que l'action n'atteindra que les délits réellement dommageables. Mais il y a lieu de remarquer que cette condition ne s'applique qu'aux délits commis contre les particuliers. Quant aux délits commis contre la chose publique, les délits de presse, par exemple, la loi ne demande, pour les poursuivre en France, ni plainte ni dénonciation.

Ajoutons que la poursuite ne peut être intentée qu'à la requête du Ministère public, tandis qu'en règle générale, la victime d'un délit peut citer directement l'auteur de ce délit devant le tribunal correctionnel qui se trouve ainsi saisi de l'action en répression et de l'action en réparation.

CHAPITRE VII.

CAS OU LA MISE EN MOUVEMENT DE L'ACTION PUBLIQUE EST SUBORDONNÉE A LA SOLUTION D'UN PROCÈS SUR UNE QUESTION SPÉCIALE.

SECTION I.

QUESTIONS PRÉJUDICIELLES.

Un autre obstacle à l'exercice de l'action publique est celui qui résulte de la nécessité de faire juger par l'autorité compétente une question préjudicielle. — On appelle ainsi une question dont l'examen est nécessaire pour établir l'infraction, mais que la juridiction répressive ne peut résoudre incidemment. Elle nécessite une instance séparée et elle suspend l'exercice ou le jugement de l'action publique jusqu'à sa solution. En matière répressive, cette expression désigne spécialement les questions qui s'élèvent quand l'inculpé, sans dénier les faits qui lui sont imputés, allègue que ces faits ne constituent pas un délit, parce que ce délit implique la violation d'un droit, et que dans l'espèce, le droit dont ce délit implique la violation, n'existe pas. Ainsi le fait de contracter un second mariage ne constitue le

crime de bigamie que parce qu'au moment de la célébration du mariage il existait un premier mariage.

La question préjudicielle ne se propose pas, comme la question préalable, d'écarter immédiatement et définitivement la poursuite ou de la faire déclarer éteinte; elle constitue simplement un obstacle à cette poursuite. Elle diffère de la question préalable : 1° en ce qu'elle porte toujours sur le fond du procès, tandis que la question préalable porte soit sur le fond, soit sur la forme; 2° en ce qu'elle exige une instance distincte et principale tandis que l'autre peut être résolue incidemment. Ces questions préjudicielles rendent donc momentanément le tribunal incompétent et imposent le renvoi du prévenu. Quelquefois la loi interdit au Ministère public d'intenter l'action publique avant leur solution. Le plus souvent elles n'empêchent pas de l'intenter, mais l'exception préjudicielle une fois soulevée il y a suspension de la poursuite. Il y a donc des questions préjudicielles à l'action et des questions préjudicielles au jugement.

On distingue plusieurs sortes de questions préjudicielles et nous nous bornerons à examiner les questions d'état en matière de suppression d'état et la faillite en matière de banqueroute. Notre exposé sera forcément très succinct.

Questions d'état.

D'après les articles 324 et 327 du Code civil les questions d'état sont préjudicielles à l'action publique.

Article 326. « Les tribunaux civils seront seuls compétents pour statuer sur les réclamations d'état. »

Article 327. « L'action criminelle contre un délit de

suppression d'état ne pourra commencer qu'après le jugement sur la question d'état.

La suppression de l'état de filiation constitue un crime réprimé par l'article 345 (Code pénal) qui donne naissance à l'action du Ministère public et de la partie plaignante. D'après le droit commun, cette dernière action pourrait être soumise au tribunal répressif en même temps que l'action publique. Les articles que nous venons de citer font exception à cette règle. Quels en sont les motifs? Les travaux préparatoires nous l'indiquent : il fallait empêcher de faire *de plano*, devant la juridiction criminelle, la preuve testimoniale de la filiation. Rien n'aurait été plus facile, disait-on, que d'éluder la règle que la filiation ne peut se prouver par témoins qu'autant qu'elle est déjà rendue vraisemblable par un commencement de preuve par écrit ; au lieu de prendre la voie civile on aurait choisi la voie criminelle. — Le crime de suppression d'état n'aurait eu, le plus souvent, rien de sérieux ; on en aurait usé comme d'un moyen frauduleux et détourné d'être admis, quoique non muni d'un commencement de preuve écrite, au bénéfice de la preuve testimoniale.

Cette théorie a sa source dans une erreur législative. La preuve testimoniale n'est pas toujours nécessairement admissible devant les tribunaux criminels. L'admissibilité de cette preuve dépend toujours de la nature des faits à vérifier ⁽¹⁾.

Les articles 326 et 327 ont eu plutôt pour objet, croyons-nous, d'assurer le repos des familles. Les crimes de suppres-

(1) Il n'y a pas dans nos lois pénales un délit particulier de suppression d'état. C'est une catégorie d'infractions désignées par leur résultat : il s'y rencontre des crimes et des délits. L'article 327 ne vise point tous les éléments de l'état d'une personne par sa nationalité, son mariage, mais seulement sa filiation.

sion d'état d'enfant légitime sont très rares : « L'inconvénient de laisser un enfant dans l'obscurité, disait Portalis, est moins grand que celui d'exposer les familles à être troublées » (Séance du Conseil d'État, 7 novembre 1801).

On peut reprocher à ces articles d'avoir employé une expression trop générale « réclamation d'état, suppression d'état. » Il ne s'agit en réalité que de filiation, mais la filiation naturelle est visée par eux aussi bien que la filiation légitime. Les mêmes raisons existent, en effet, pour que les questions relatives à cette filiation ne puissent être soumises aux tribunaux de répression. On dit, il est vrai, que l'enfant naturel n'ayant pas d'état avant sa reconnaissance, on ne peut supprimer ce qui n'existe pas : mais presque tous les auteurs s'accordent à reconnaître que les dispositions du chapitre 2 s'appliquent au chapitre 3 (livre I, titre VII) toutes les fois qu'il n'y a pas été spécialement dérogé. L'état d'enfant naturel confère d'ailleurs des privilèges, moins étendus, il est vrai, que ceux qui sont attribués aux enfants légitimes : la réclamation de cet état peut donc occasionner le même trouble dans les familles.

La Cour de cassation a admis cette opinion dans un arrêt rendu le 29 mai 1873, D. P. 73. 1. 386. « Attendu que le crime de suppression d'état existe également au cas de filiation naturelle comme au cas de filiation légitime ; que l'état d'enfant naturel qui confère des droits et impose des obligations à celui auquel il appartient, a besoin, comme celui d'enfant légitime, d'être protégé par la loi ; qu'aussi l'article 345, C. pén., ne distingue pas. »

Il nous reste à examiner quelle est la nature de l'incompétence résultant pour les tribunaux de répression des articles 326 et 327, et quels sont les délits auxquels s'applique l'interdiction de poursuivre.

Nous avons dit que les questions préjudicielles à l'action publique avaient pour effet d'empêcher tout commencement de poursuite du délit au sujet desquelles elles étaient soulevées. — De là vient que si l'action publique avait été intentée avant le jugement civil sur la question d'état, les actes de la procédure déjà faits devraient être considérés comme nuls et de nul effet; c'est une annulation complète de l'instruction. — Cette nullité peut être proposée en tout état de cause : bien plus, le tribunal saisi d'une poursuite de suppression, sans qu'on lui ait représenté le jugement sur la question, devrait de suite se déclarer incompétent. La Cour d'assises elle-même, saisie mal à propos de l'action criminelle, a le droit de la rejeter d'office. Les auteurs se sont cependant partagés entre deux opinions sur ce dernier point. Suivant les uns (Mangin), la Cour ne peut, en se déclarant incompétente, mettre l'accusé en liberté, parce qu'il lui faudrait annuler l'arrêt de renvoi. — Suivant d'autres (Faustin Hélie), la mise en liberté est une conséquence naturelle de l'incompétence de la Cour. — Nous adoptons cette opinion fondée sur cet argument que le principe d'après lequel l'ordonnance de prise de corps ne peut être levée que par un acquittement ou une absolution ne s'appliquent pas au cas où ni l'absolution, ni l'acquittement ne peuvent intervenir.

La loi qui refuse aux tribunaux criminels le pouvoir de statuer sur les questions d'état d'enfant a dû naturellement prohiber les poursuites devant les tribunaux criminels tant que la question n'a pas été complètement vidée au civil; car si le tribunal avait pu statuer sur l'action publique alors que la question d'état est encore entière, c'est véritablement lui qui aurait résolu par voie de conséquence cette question d'état, conformément au principe généralement admis que le

fait reconnu vrai au criminel est désormais vrai pour toute autre juridiction.

On s'est demandé si le Ministère public ne peut, en présence de l'inaction de l'enfant, mettre en mouvement l'action publique.

Dans le droit commun, le Ministère public agit sans qu'il ait à se préoccuper de l'action civile. Il agit, nous le savons, dans l'intérêt de la société et doit être entièrement libre. Il n'en est pas de même en matière de filiation.

Merlin a soutenu cependant que l'action du Ministère public était, il est vrai, enchaînée quand le tribunal civil est saisi de la question d'état, mais qu'il restait libre d'agir quand il n'y avait pas d'action portée devant les tribunaux civils. — A l'appui de son système, il invoquait la discussion qui précéda le vote des articles 326 et 327. Ces articles avaient eu, selon lui, pour unique objet, d'empêcher la partie civile de prendre la voie criminelle pour obtenir un jugement sur une contestation d'état. Or, si la partie civile restait dans l'inaction, rien ne s'opposait à ce que le Ministère public mît l'action publique en mouvement.

Cette théorie n'a, d'ailleurs, pas été admise, et nous sommes obligés de déclarer que si la partie à laquelle appartient l'action civile y renonce, le Ministère public a les mains liées; il ne lui est pas permis d'agir; le crime sera donc impuni si, par indifférence ou par collusion, la partie civile qui en a souffert reste dans l'inaction. Ce système déplorable est né de l'erreur dont nous avons parlé au début de ce chapitre.

Cependant, il ne faudrait pas donner trop d'extension à l'article 327; on doit admettre, avec Merlin, que le Ministère public a la faculté d'agir quand la preuve de l'infraction d'où résulte la suppression d'état peut se faire sans que la

question de filiation soit agitée. Le Ministère public a le droit, par exemple, de poursuivre librement la destruction, totale ou partielle, des registres de l'état civil, l'inscription des actes sur feuille volante, etc. La partie lésée, au contraire, n'a pas la même faculté; elle sera arrêtée par la question préjudicielle, parce que n'ayant intérêt à poursuivre ces délits que pour faire établir sa filiation, elle pourrait aller à l'encontre du but que s'est proposé le Code civil.

SECTION II.

BANQUEROUTE.

On s'est demandé si l'article 440 du Code de commerce n'avait pas créé une question préjudicielle à l'action publique. Cet article est ainsi conçu : « La faillite est déclarée par jugement du tribunal de commerce rendu soit sur la déclaration du failli, soit à la requête d'un ou plusieurs créanciers, soit d'office. Ce jugement sera exécutoire provisoirement. » Faut-il en conclure que la faillite doit avoir été préalablement déclarée par le tribunal de commerce pour que la poursuite du crime ou du délit de banqueroute puisse être exercée? Nous ne le croyons pas. Certains auteurs penchent cependant pour l'affirmative. Ils allèguent qu'il est très délicat de fixer la qualité de négociant chez un individu et d'examiner si ce commerçant a ou non cessé ses paiements; ils ne reconnaissent au Ministère public le droit d'agir qu'après qu'un jugement déclaratif de faillite a été rendu par le tribunal de commerce.

Il est facile de se rendre compte des inconvénients de ce

système, si on remarque qu'aucun texte n'établit cette dérogation à l'article 3, C. instr. cr., et si on envisage les conséquences qui en résulteraient. Le Ministère public ne pouvant agir avant la décision du tribunal consulaire, le prévenu qui devrait être laissé en liberté aurait tout le temps de fuir. D'autre part — et ceci est beaucoup plus grave —, le Ministère public n'ayant pas le droit de saisir d'une demande en déclaration de faillite le tribunal de commerce, il se pourrait que des intérêts privés tinssent en suspens la répression d'un crime ou d'un délit (Garraud).

Les tribunaux correctionnels, statuant sur la banqueroute même avant la mise en faillite, n'auront pas à dire qu'il y a faillite; ils constateront seulement la cessation de paiements et examineront si elle a eu lieu avec fraude ⁽¹⁾.

Concluons donc en disant qu'il ne faut pas voir dans la banqueroute une question préjudicielle faisant obstacle au libre exercice de l'action publique. Cette question a d'ailleurs perdu tout son intérêt depuis la loi du 4 mars 1889. Toutes les dispositions de cette loi supposent, en effet, que la faillite peut exister et produire ses effets, indépendamment du jugement du tribunal de commerce. Le numéro 4 de l'article 19 de cette loi : « Si le débiteur en état de liquidation judiciaire a été condamné pour banqueroute simple ou frauduleuse, » nous offre un exemple bien frappant, à l'appui du système que nous admettons.

(1) D'ailleurs, la mission des deux juridictions est absolument distincte : la juridiction consulaire examine la situation commerciale; la juridiction répressive décide si la responsabilité pénale a été encourue et s'il y a lieu de prononcer une peine.

CHAPITRE VIII.

LE MINISTÈRE PUBLIC DISPOSE-T-IL DE L'ACTION PUBLIQUE? ET PEUT-IL ARRÊTER LA POURSUITE COMMENCÉE?

Nous avons résolu, dans un chapitre précédent, la première partie de cette question, en traitant du droit d'initiative du Ministère public, au point de vue de l'exercice de l'action publique. — Nous savons que le Ministère public est absolument indépendant, qu'il a le droit d'apprécier la plainte ⁽¹⁾ qui lui est faite et qu'il peut, s'il le juge utile, ne lui donner aucune suite. Son droit est cependant limité par l'article 41 de la loi du 20 avril 1810, et par l'article 235, C. instr. cr.; nous ne reviendrons pas sur ce point que nous avons déjà traité, et nous examinerons si une fois que l'action publique a été mise en mouvement, le Ministère public peut l'arrêter.

La solution négative est certaine; elle est même universellement admise par les auteurs et consacrée par la jurisprudence; tandis que la transaction ou le désistement de la partie lésée éteignent l'action civile, il n'en est pas de même pour l'action publique.

(1) Nous ne visons pas, bien entendu, la plainte formée par le plaignant qui se constitue partie civile.

L'article 4 du Code d'instruction criminelle nous dit : « La renonciation à l'action civile ne peut arrêter ni suspendre l'exercice de l'action publique » et l'art. 2046 du Code civil : « On peut transiger sur l'intérêt civil qui résulte d'un délit; la transaction n'empêche pas la poursuite du Ministère public. » L'action publique, dès qu'elle est intentée, doit suivre le cours que la loi lui assigne. Tant que le Ministère public garde le silence, il y a présomption légale que l'ordre public n'a pas été troublé; mais, dès qu'il a commencé les poursuites, ce n'est pas à lui, mais aux tribunaux à décider quelle suite elles comportent. D'ailleurs, en disant que l'action publique appartient aux officiers du Ministère public, l'article 1^{er} du Code d'instruction criminelle n'entend point les en constituer maîtres absolus, leur donner la faculté d'y renoncer comme à un droit qui leur serait personnel et dont ils pourraient toujours disposer : cet article signifie seulement que les officiers du Ministère public ont seuls qualité pour intenter, au nom de la société, une action pénale. Sans doute, ils peuvent s'abstenir, quand les faits dont ils acquièrent la connaissance ont peu de gravité, d'en poursuivre la répression; mais il n'en est pas de même lorsque ces faits portent essentiellement atteinte à l'ordre général; dans ce cas, le Ministère public est rigoureusement tenu d'exercer des poursuites et il ne peut s'en dispenser. Si la loi lui a accordé la faculté de ne pas poursuivre sur toutes les plaintes, c'est qu'elle a pensé qu'il était nécessaire de lui laisser un certain pouvoir d'appréciation. Ce pouvoir d'appréciation ne se comprend plus quand les tribunaux sont saisis.

Il est sans doute permis au Ministère public de reconnaître que les charges produites par l'instruction sont insuffisantes pour établir soit l'existence du délit, soit la culpa-

bilité du prévenu : il peut même, dans son réquisitoire, reconnaître qu'il s'est trompé, mais ces déclarations ne sont que l'expression de son opinion personnelle et sont sans influence sur l'opinion du tribunal (Mangin). « S'il pense qu'aucune peine ne soit applicable aux prévenus; alors, il propose le rejet de la demande qu'il a formée comme agent de la société; mais cette demande n'en subsiste pas moins : le tribunal n'en demeure pas moins saisi et c'est à la conscience des juges à décider si c'est à tort ou à raison que l'organe de la loi opine contre l'agent de la société » (Cass., 14 pluviôse an XII).

Si le Ministère public ne peut se désister de l'action qu'il a formée, il lui est également défendu de renoncer par un acquiescement formel ou tacite à user des voies de recours qui lui sont ouvertes.

« Le Ministère public est l'agent de la société; c'est au nom, c'est dans l'intérêt de celle-ci qu'il agit et non dans un intérêt personnel. Dès qu'il a fait un acte, cet acte ne lui appartient plus, il ne lui est point permis de le rétracter; la loi s'en empare, elle le défère aux tribunaux. — Ainsi il ne peut se désister ni de l'appel qu'il a interjeté d'un jugement correctionnel, ni d'un recours en cassation qu'il a exercé..... On ne peut même pas lui opposer que cette décision est conforme aux réquisitions qu'il a prises, que c'est lui-même qui l'a provoquée, car il ne peut aliéner ni directement ni indirectement les droits dont il a été investi pour assurer l'exécution des lois et le maintien du bon ordre ⁽¹⁾.

La jurisprudence offre de nombreuses applications de ces différents principes. Il a été décidé que le tribunal doit pro-

(1) Arrêt cassation.

noncer la peine encourue, quoique le Ministère public n'en ait pas requis l'application, ou ait même réclamé l'acquittement (Cass., 14 pluviôse an XII). — Que le tribunal saisi de la connaissance de plusieurs délits doit prononcer sur tous, bien que le Ministère public n'ait pas pris de conclusions à l'égard de tous (Cass., 28 mars 1835); que l'acquiescement donné par le Ministère public à un jugement ne le rend pas non recevable à en interjeter appel; que lorsqu'il y a preuve de la récidive acquise aux débats, la Cour d'assises devait appliquer la peine, nonobstant le silence du Ministère public ou son acquiescement aux conclusions prises sur ce point en faveur de l'accusé (Cass., 9 juin 1826).

CHAPITRE IX.

LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES.

GRANDE-BRETAGNE ⁽¹⁾.

En Angleterre, le système accusatoire est encore en vigueur. Cependant, une loi du 3 juillet 1879, qui a reçu son exécution à partir du 1^{er} janvier 1880, a, non pas institué un Ministère public, mais légalisé, sous forme d'essai plutôt que d'organisation définitive, l'intervention d'une autorité centrale dans la poursuite des affaires criminelles. Elle a créé un directeur de poursuites publiques, qu'elle a placé sous la surveillance de « l'*attorney* général. » Le rôle de ce magistrat consiste à entreprendre et à terminer une partie des procès criminels et à donner son avis aux chefs de police, clercs de magistrats engagés dans une procédure criminelle. Il intervient surtout dans des cas graves où quand le refus ou l'impuissance du poursuivant risque de compromettre le châtimement du coupable. Quelques lieutenants ont été institués comme auxiliaires par le ministre pour l'Angleterre et le pays de Galles.

Il existe bien un « *attorney* général » chargé de poursuivre les criminels dans les cas spéciaux où l'intérêt public

(1) *Annuaire de législation étrangère*, 1887, et *Bulletin de la Société de législation comparée*.

est engagé; mais ce magistrat est en même temps avocat, membre du Cabinet et de la Chambre des communes; il a donc fort peu de temps à consacrer aux poursuites et n'intervient presque jamais, à moins qu'il ne s'agisse de crimes ou délits ayant une importance particulière. Il est plutôt revêtu d'une dignité que d'une fonction. Le *solicitor*, son auxiliaire⁽¹⁾, a un rôle aussi effacé : ni l'un ni l'autre n'est jamais tenu d'agir. D'ailleurs, quand l'État veut tenter une poursuite, il peut aussi bien confier ce soin à un autre avocat du barreau.

Les poursuites sont exercées au nom du souverain. Le système anglais ne repose donc plus sur le système des lois Barbares qui ne reconnaissent que les torts privés. On admet l'existence d'un intérêt social supérieur, et c'est pour ce motif qu'on permet d'agir même à ceux qui n'ont pas été directement lésés (Glasson). Chaque citoyen ayant le droit et le devoir de défendre l'intérêt public, a le droit et le devoir de poursuivre la répression des faits délictueux. Ainsi donc, sauf le cas de crime politique ou de toute autre infraction soulevant la conscience publique, la loi laisse aux particuliers le soin de poursuivre. Il arrive que souvent la partie lésée refuse d'agir, soit parce qu'elle redoute de s'exposer à des vengeances privées, soit à cause de l'insuffisance de ses ressources, et des frais quelquefois considérables que le procès

(1) La loi de 1884 a transféré les fonctions de directeur des poursuites au *solicitor* du Trésor public. Ce fonctionnaire, chargé des affaires intéressant le Trésor et les monnaies, a vu peu à peu ses attributions judiciaires s'élargir au point de vue des poursuites criminelles. Depuis 1875, il est le représentant judiciaire de presque tous les ministères. C'est à lui que, depuis 1879, le directeur des poursuites renvoyait les affaires qu'il devait suivre devant les juridictions criminelles. Le directeur décidait dans quels cas l'État devait intervenir et le *solicitor* du Trésor exerçait la poursuite. La loi de 1884 a réuni les deux attributions sur la personne de ce dernier, qui agit sous les ordres de l'*attorney* général ou spontanément, mais sous sa surveillance.

peut entraîner. Si un particulier généreux ou un membre du barreau veut, par humanité, prendre en main les intérêts d'une victime peu fortunée, il s'expose à voir les frais qu'il a pu faire, tomber à sa charge, faute de pouvoir se les faire rembourser par le condamné. M. Glasson (*Histoire des institutions de l'Angleterre*) nous cite un exemple : La femme d'un pauvre laboureur avait été assassinée, puis brûlée. Personne ne poursuivait faute d'argent, ni le mari, ni la paroisse. Un magistrat indigné excita le zèle d'un *attorney*, qui se constitua *prosecutor*. Le coupable fut condamné, mais l'accusateur en fut pour 1,000 francs de frais que personne ne lui remboursa. Pour éviter pareil scandale, la police oblige quelquefois un de ses fonctionnaires, un policeman, à se porter accusateur : celui-ci se fait représenter par un avoué : mais on constate que trop souvent l'affaire se termine par une transaction honteuse qui étouffe le procès. Voilà un des inconvénients sérieux du système accusatoire. Il en est encore un autre : il se forme souvent dans les grandes villes un personnel d'agents d'affaires et de gens peu recommandables qui se servent, comme d'un moyen de chantage à l'égard des citoyens honnêtes et paisibles, de la crainte d'un débat public ayant pour base des crimes ou délits imaginaires, mais qui laisse toujours certains doutes sur l'honorabilité de la personne qui en a été l'objet. Ce moyen de chantage n'est pas puni par la loi.

Aussi, nous voyons que certaines personnes frappées de ces abus se réunissent pour former une association privée qui se charge de la poursuite des crimes et délits.

Le droit d'association est reconnu en Angleterre de la façon la plus libérale ⁽¹⁾. L'association, constituée très facilement,

(1) *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1881, note de M. Bourdancher.

peut exercer des poursuites au même titre que les particuliers, alors même que l'exercice des poursuites ne serait point l'objet de sa constitution ⁽¹⁾. Elle peut même poursuivre si elle n'est pas légalement constituée. D'ailleurs, tout particulier ayant le droit d'exercer des poursuites, une association peut toujours poursuivre sans qu'on ait à s'inquiéter à l'instigation de qui il agit. En fait, ces associations sont le plus souvent constituées pour cet objet.

Les établissements publics ne sont pas seuls à exercer des poursuites. Les particuliers appartenant à la même profession s'associent dans ce but. Les associés constituent un fonds commun pour payer les frais et ils confient à un représentant le soin de soutenir les accusations en leur nom. Nous citerons, à titre d'exemple, la société des banquiers qui a pour objet de réprimer les fraudes et les faux commis en matière d'effets de commerce : elle a des *solicitors* attitrés auxquels elle donne le pouvoir d'agir quand des faits de ce genre lui sont révélés. A côté de ces associations, d'autres sont constituées par des particuliers qui, sans aucun intérêt personnel, se proposent de réprimer les atteintes aux bonnes mœurs : telles sont ces sociétés constituées pour la répression des publications obscènes, les sociétés protectrices de l'enfance, des animaux, etc. Ces sociétés emploient des avocats pour soutenir l'accusation : elles se chargent des frais. Les pouvoirs publics donnent un appui sérieux à ces différentes associations qui rendent de grands services et qui, surtout, préviennent les abus qu'entraînerait le droit de poursuite trop fréquemment exercé par les particuliers ⁽²⁾.

(1) *Rapport de M. Franqueville à l'Académie des sciences morales et politiques* (Compte-rendu de l'Académie des sciences morales, février 1892).

(2) La situation qui existe en France est peu comparable à celle que nous avons esquissée. Les sociétés qui ont pour objet la répression des délits

Quelquefois aussi les villes, les paroisses chargent des agents spéciaux qu'elles se sont attachées de poursuivre les crimes et délits.

— En cas de mort violente la poursuite est organisée d'une façon spéciale. Le coroner est chargé, à défaut du Ministère public, de constater le cas de mort violente, aussi bien après une exécution dans les prisons qu'après un crime, un accident ou un suicide. Il s'entoure de jurés, fait une enquête avec leur concours, reçoit et enregistre leur verdict. Cette décision établit s'il y a lieu de classer l'affaire ou de la poursuivre. Si l'enquête conclut à des poursuites, l'affaire sort des mains du coroner et suit la filière ordinaire, soit qu'elle vienne au rang des affaires sommaires ou qu'elle aille aux assises trimestrielles. Dans le cas contraire, en cas de classement, le juge de paix ou les tribunaux supérieurs peuvent se pourvoir en révision. Le pouvoir de ce coroner est souvent contrebalancé ou corrigé par le juge de paix qui n'hésite pas, s'il lui plaît, à faire une enquête parallèle.

La loi du 30 juillet 1879 est un acheminement vers la création du Ministère public. Mais, il est probable que, jamais les Anglais ne se résoudront à adopter d'institution semblable à notre Ministère public. Ils craignent que le

sont relativement peu nombreuses et n'ont qu'une action limitée. Non seulement, elles ne peuvent mettre en mouvement l'action publique mais elles ne peuvent agir par elles-mêmes que quand il est question d'une atteinte portée à leurs droits; quand il s'agit d'un fait préjudiciable à l'un de leurs membres, la poursuite est exercée en son nom. Ainsi, par exemple, la société des gens de lettres se propose de protéger les droits de ses membres et, à cet effet, intente des poursuites : mais elle ne poursuit en son nom que les contrefaçons des œuvres dont l'apport lui est fait par les sociétaires. Quand il s'agit d'œuvres restant la propriété de leurs auteurs, la poursuite est faite au nom du sociétaire.

bon recrutement de la magistrature ne soit compromis si l'on crée un grand nombre de places pour le Ministère public : ils pensent aussi que la création d'officiers du Ministère public serait une cause de dépenses considérables, car il faudrait leur donner un traitement égal à celui des autres magistrats ; ils craignent aussi que le grand nombre de places nouvelles et lucratives, mis à la disposition du Ministère public, ne soit pour lui un moyen de corruption au moment des élections. D'ailleurs, en Angleterre, les idées sont hostiles à une excessive ingérence de l'État. On se préoccupe surtout de sauvegarder les droits de l'individu en cherchant à protéger le citoyen contre la puissance publique, plutôt qu'à fortifier la puissance publique contre le citoyen. De là, l'absence presque complète de l'intervention de l'État dans les poursuites criminelles, c'est pourquoi aussi l'opinion publique est mal disposée à accepter la création de fonctionnaires, enveloppant le pays comme d'un réseau, arrivant par leur prestige à détruire l'égalité entre l'accusation et la défense, et pouvant donner à l'État une puissance inconnue jusqu'alors (Guérin, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1892).

ÉCOSSE ET IRLANDE ⁽¹⁾.

C'est par là que la procédure criminelle de ces deux pays se sépare du système anglais et qu'elle se rapproche de notre système français. Cette originalité de la législation écossaise s'explique par l'ancienne indépendance de ce pays qui jouit d'une faveur spéciale en ce qui concerne sa législation. En

(1) *Bulletin de la Société de législation comparée*, années 1880 et 1876.

effet, les lois d'Angleterre ne lui sont applicables qu'en vertu d'une disposition spéciale du législateur.

Le système anglais, si défectueux, que nous venons d'examiner rapidement, n'est pas suivi en Écosse ni en Irlande. Le Ministère public existe dans ces deux pays.

En Écosse, le *Lord advocate* est le chef du département criminel. Il est assisté par le *solicitor général* et quatre *advocate-deputees* (avocats du barreau), par des *clerks* permanents sous la direction d'un *crown agent*, amovible. Dans chaque ville importante du comté, existe un procureur fiscal, un *attorney* nommé par le *shériff* ou le conseil de ville, et subordonné au *Lord advocate* procède aux enquêtes dès qu'un crime ou un délit lui a été signalé. L'instruction est secrète et le prévenu interrogé par le magistrat. La partie privée conserve le droit d'agir à son gré, mais elle en use fort peu : on en cite un exemple en cinquante ans. L'intervention de cette partie privée ne peut d'ailleurs porter atteinte à l'indépendance du Ministère public ⁽¹⁾.

En Irlande, il y a aussi un Ministère public. L'*attorney général* en est le chef. Au-dessous de lui agissent des *crown solicitors* permanents. Auprès des Cours d'assises, il y a un *solicitor* de la Couronne nommé par le Lord lieutenant, et dans chaque comté, auprès des Cours de session des *Lessional crown solicitors* nommés par l'*attorney général*. Le *crown solicitor* de chaque district reçoit des magistrats toute procédure dans laquelle il y a eu renvoi en jugement. Il la prépare et la soumet à l'*attorney général* qui décide, s'il

(1) Ce qui distingue le Ministère public écossais du Ministère public français, c'est la centralisation absolue qui existe en Écosse où le *Lord advocate* statue sur la direction à donner à toutes les poursuites. Non seulement celui-ci est maître de l'action qu'il peut introduire ou ne pas intenter, mais il a la faculté de rédiger l'acte d'accusation dans le sens qu'il estime le plus conforme aux intérêts de la poursuite.

y a ou non, lieu de poursuivre. Dans le premier cas, le *crown solicitor* reprend l'affaire, prépare les exposés des charges et remet les instructions aux avocats désignés par l'*attorney général*. Si l'affaire est abandonnée par le Ministère public, les particuliers peuvent se charger du soin de poursuivre, mais le cas se présente très rarement.

Aux assises, le rôle du Ministère public est rempli par plusieurs avocats du premier ordre (*leading counsels*) ayant le titre de *Quecus Counsels*.

— En Grande-Bretagne, les membres du Parlement jouissent, comme en France, de l'immunité. Aucun Lord ne peut être emprisonné ou arrêté sans un jugement ou un ordre de la Chambre, pendant la durée de la session, sauf le cas de haute trahison ou de crime, ou de refus de donner caution de ne pas troubler la paix publique.

ALLEMAGNE ⁽¹⁾.

Le Ministère public existe en Allemagne. La poursuite, d'une part, l'instruction et le jugement de l'autre, sont nettement séparés. Le principe (*wo kein kläger, da kein Richter*) pas d'accusateur, pas de juge est en vigueur. L'ouverture d'une instruction judiciaire est subordonnée à l'introduction d'une accusation. Le Ministère public a seul qualité pour agir au nom du pouvoir social; son action s'exerce librement et spontanément sur toutes les infractions. C'est lui seul qui, en principe, exerce les poursuites (art. 152). « La mission d'intenter l'accusation publique est confiée au Minis-

(1) *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1879.

tère public. » Les particuliers lésés n'ont pas le droit de citation directe. Cependant, les cas dans lesquels l'action du Ministère public est subordonnée à la plainte de la partie lésée sont assez nombreux : tels sont les cas de violation de domicile, d'adultère, d'attentat aux mœurs, de viol, d'injures et lésions corporelles. La partie lésée, en cas de crime ou de délit que la loi ne l'autorise pas à déférer directement aux tribunaux, s'adresse au Ministère public qui juge s'il y a ou non lieu de suivre. Si le Ministère public se décide pour cette dernière solution, le plaignant peut saisir les supérieurs hiérarchiques ou, en dernier ressort, en appeler au tribunal lui-même. Dans les autres cas, l'action est intentée par la victime de l'acte coupable. Ces cas sont spécialement déterminés : « le délit d'injures ou de lésions corporelles, dans le cas où les poursuites ne peuvent être intentées que sur la requête de la partie lésée, pourront être poursuivis par cette personne elle-même par voie d'accusation privée, sans qu'il soit nécessaire pour elle d'invoquer préalablement le concours du Ministère public (art. 414). L'accusateur privé (*privatklager*) ne saisit pas directement la juridiction de répression : c'est le tribunal qui décide, dans tous les cas de poursuite, par le Ministère public comme par les particuliers, s'il y a lieu à la mise en accusation ou à la cessation des poursuites. C'est une garantie contre les poursuites arbitraires (art. 190-202). Le Ministère public n'est pas tenu d'intervenir dans la procédure ouverte sur une accusation privée, mais il peut prendre en mains les poursuites.

Après avoir reçu une dénonciation ou une plainte, le Ministère public s'entoure de renseignements, procède à une enquête dont le résultat lui dicte sa décision. Si des actes d'instruction sont nécessaires, le juge du bailliage

(*Amtsrichter*) peut être chargé par commission rogatoire d'y procéder.

L'affaire est ensuite renvoyée soit devant l'*Amtsgericht* (justice de paix) ou le *Landgericht* (tribunal de district).

La partie lésée a le droit de retirer sa plainte tant que le jugement n'est pas rendu. Le Ministère public, au contraire, ne peut se désister de son action, une fois qu'il l'a mise en mouvement. Si, au cours des débats, il considère la prévention comme mal fondée, il peut poser des conclusions à l'effet de faire mettre l'inculpé hors de cause. Le tribunal n'est pas lié par ces conclusions. La partie lésée a, dans une assez large mesure, le droit d'intervenir au procès, quand l'action est engagée par le Ministère public. Ce droit appartient à toute personne ayant la faculté d'exercer l'action privée. Il appartient également à celui qui a obtenu, du tribunal, sur le refus d'agir du Parquet, une décision prescrivant la mise en accusation (art. 435, C. pén.). Le même droit est accordé à la partie lésée lorsque la loi l'autorise à réclamer une composition (*Büsse*) ou réparation pécuniaire ⁽¹⁾.

Une atteinte est portée à l'indépendance du Ministère public par la nécessité d'obtenir une autorisation pour poursuivre les membres des Assemblées législatives. Cette immunité leur est accordée par l'article 31 de la Constitution du 16 avril 1871. « Aucun membre ne peut, sans l'autorisation du Reichstag, durant la session, être mandé pour une information ou arrêté à raison d'un acte coupable qui lui serait imputé, à moins qu'il ne soit appréhendé en flagrant délit ou au cours de la journée suivante. Pareille autorisation

(1) Cette réparation pécuniaire diffère des dommages-intérêts, en ce qu'elle ne représente pas l'équivalent du préjudice causé, de l'amende, en ce qu'elle est attribuée à la partie lésée et non au Trésor public.

est nécessaire en ce qui concerne l'emprisonnement pour dettes. »

Tels sont les droits des particuliers. Deux points sont à signaler dans la législation allemande : en premier lieu, le Ministère public, une fois l'instruction ouverte ne peut plus, par l'abandon de l'accusation, dessaisir la juridiction criminelle. Ce droit est, au contraire, accordé à l'accusateur privé.

En deuxième lieu, il y a lieu de noter la séparation de l'action pénale et de l'action civile. Les mêmes juges ne peuvent connaître de ces deux actions. La constitution de partie civile n'est pas admise devant la juridiction criminelle. Le législateur allemand semble avoir été guidé par un sentiment de méfiance envers les particuliers.

Les officiers du Ministère public allemand sont, comme en France, les agents du pouvoir exécutif et les représentants de l'État : ils relèvent directement du gouvernement. Aussi, à raison de leur caractère, du rôle qu'ils ont à jouer dans l'administration de la justice, le Code a réservé à chaque État le droit de régler l'organisation des fonctionnaires chargés de le représenter devant les tribunaux. Il existe un Ministère public près de chaque tribunal (art. 142). — Les membres du Ministère public portent le titre de procureurs d'État (*Staatsanwalt*), s'ils sont attachés aux tribunaux supérieurs ou régionaux, et de procureur de bailliage (*Amtsanwalt*), s'ils exercent leurs fonctions près le tribunal du bailliage (art. 143).

Devant les Cours d'assises, les fonctions du Ministère public sont remplies, même au siège d'un tribunal supérieur, par le procureur d'État du tribunal régional.

Les membres du Ministère public se divisent donc en deux classes : 1° procureurs d'État, attachés aux tribunaux supérieurs et régionaux ; 2° procureurs de bailliage.

Ces derniers ne sont pas considérés par le Code comme des membres réguliers et permanents du Ministère public. Souvent ils n'exercent leurs fonctions qu'à titre accessoire. Dans les petits tribunaux, le procureur de bailliage est généralement un fonctionnaire de la police ou un employé administratif. Dans certains États, c'est le maire, s'il n'y a pas de commissaire de police.

Dans les tribunaux de bailliage importants, le procureur de bailliage est ordinairement soit un membre délégué des parquets régionaux, soit un fonctionnaire spécial, chargé exclusivement et à titre principal des fonctions du Ministère public.

Le procureur du bailliage est nommé, suivant les États, soit par le procureur supérieur, après entente avec le président du district, soit par le président du district, après entente avec le procureur régional, soit par le ministère (Alsace). Il est révocable *ad nutum*.

Les procureurs d'État constituent le Ministère public proprement dit. Ils sont fonctionnaires de l'État, nommés par le souverain dans tous les États. Ils ne font pas partie du corps judiciaire (*richterliche mitglieder*), n'ont pas les mêmes droits, les mêmes garanties, le même traitement que les juges. Dans la plupart des États, ils sont amovibles, mais ne sont cependant pas abandonnés, sans protection et sans défense au bon plaisir du gouvernement; fonctionnaires de l'État, ils sont nommés à vie et ne peuvent être destitués que par un tribunal disciplinaire statuant dans les formes judiciaires.

Le gouvernement n'a qu'un droit, celui de les déplacer en les nommant à un poste de même rang avec le même traitement ou de les mettre en disponibilité. Dans ce dernier cas, ils ne sont pas entièrement privés de leur traitement.

Tous les membres du Ministère public sont placés sous la surveillance et l'autorité de leur chef hiérarchique, le premier procureur régional, le procureur supérieur et le ministre de la justice.

Les fonctions du Ministère public sont presque exclusivement restreintes à la justice criminelle. En cette matière, il est chargé de la poursuite et de la répression des faits délictueux : il reçoit les procès-verbaux et les plaintes, examine les faits, requiert, s'il le juge nécessaire, l'ouverture d'une instruction et dresse l'acte d'accusation. Il le soutient et peut se pourvoir contre le jugement.

Les attributions des membres du parquet sont différentes : le procureur de bailliage siège près le tribunal de ce nom jugeant criminellement : il n'a aucune compétence civile. Il reçoit avis des faits délictueux et juge s'ils sont de la compétence du procureur d'État ou de celle de son tribunal. Dans le premier cas, il renvoie le procès-verbal au procureur d'État.

Le procureur régional ou d'État est le fonctionnaire sur lequel repose presque complètement l'exercice de l'action publique.

Il a pour mission d'assurer, dans toute l'étendue du ressort, la répression des délits et des crimes. Il surveille l'exercice de l'action publique par les procureurs de bailliage, reçoit les procès-verbaux et les plaintes de la compétence du tribunal régional, requiert, s'il y a lieu, l'ouverture d'une information, saisit le tribunal compétent, siège à la Chambre criminelle du tribunal régional et à la Cour d'assises. Il est chargé de l'exécution des peines et de la tenue du casier judiciaire.

Les maires, commissaires de police, de la gendarmerie, des gardes-forestiers et gardes-pêches, etc., sont ses officiers

de police judiciaire. Le procureur supérieur a la surveillance générale des officiers du Ministère public et la direction de l'action publique dans tout le ressort. Il intervient, près le tribunal supérieur, dans le jugement des pourvois et des recours en révision.

Telle est l'organisation des Parquets de l'Empire allemand. Nous avons, à dessein, insisté sur la législation de ce pays, à qui la France pourrait faire, sur certains points, d'heureux emprunts.

Ajoutons, pour terminer cette étude, que le nouveau Code pénal a été introduit en Allemagne en 1879. Il avait été voté en troisième lecture le 21 décembre 1876.

AUTRICHE.

Le Code pénal autrichien est entré en vigueur en 1874. Il applique les principes de la procédure publique et orale. Il admet le principe accusatoire en vertu duquel le juge ne peut se saisir d'office, mais doit être appelé à statuer sur les infractions par un accusateur. A qui ce droit d'accusation est-il reconnu? Au Ministère public et à la partie lésée.

Le Ministère public n'a pas, comme sous le régime établi par les Codes antérieurs, le monopole de l'action publique; l'accusation peut être soutenue par les personnes lésées dans un grand nombre de cas. — Les articles 29-37 sont consacrés à l'organisation et aux attributions du Ministère public. Près chaque cour de première instance est institué un procureur d'État (*Staatsanwalt*); près chaque cour de deuxième instance, un procureur général d'État (*Oberstaatsanwalt*); près la Cour de cassation, un procureur général (*General procurator*). Il y a aussi des substituts qui, lors-

qu'ils remplacent leurs chefs respectifs, sont légalement investis de leurs fonctions. L'indépendance de ces officiers du Ministère public vis-à-vis des tribunaux près desquels ils sont placés, est établie par l'article 30. Les procureurs d'État de première instance sont subordonnés aux procureurs de deuxième instance, et ces derniers, ainsi que le procureur général près la Cour de cassation, au ministre de la justice.

— Il appartient aux officiers du Ministère public de première instance, de prendre part aux constatations, à l'instruction et aux débats relatifs à des crimes ou délits. Le procureur général de deuxième instance a la surveillance de tous les membres du Ministère public près les cours de première instance. Il a le droit d'intervenir par lui-même ou par un substitut, dans les affaires criminelles, pour y exercer les actes de ses fonctions.

L'accusation publique ou privée est complètement libre. Le Ministère public a seul le droit de soulever une accusation : il n'a pas seulement le droit d'initiative, mais encore celui de retirer ou de restreindre à tout instant, pendant l'instruction et même pendant les débats publics, son acte d'accusation ; cet abandon ou cette restriction est impérative pour les magistrats chargés de rendre le jugement. S'il abandonne son action, il dessaisit le juge d'instruction ou le tribunal, et détermine obligatoirement l'acquittement de l'accusé (art. 109-227-259). L'accusation, dans toute son étendue, est ainsi complètement abandonnée au Ministère public. Les tribunaux ne peuvent jamais rendre d'office un jugement de mise en accusation, ni étendre leur juridiction sur des personnes qui ne sont pas accusées, ou sur des faits qui ne sont pas dénoncés par le Ministère public. Ce dernier a le droit d'exiger du juge qu'il borne son affirmation aux faits qu'il lui a soumis.

Le législateur, afin d'empêcher l'arbitraire, a donné les moyens utiles pour combattre toute tentative d'abus. L'instruction préparatoire est confiée à un magistrat inamovible qui n'est pas sous la surveillance du Parquet. Un conseil de magistrats assis est chargé d'examiner le différend qui pourrait s'élever entre l'officier du Ministère public et le juge instructeur.

La juridiction de jugement n'est saisie ni par une décision du juge d'instruction, ni par un arrêt de renvoi. C'est à l'accusateur qu'il appartient de provoquer la mise en état d'accusation par le dépôt de l'acte d'accusation.

Le Ministère public rédige lui-même l'acte d'accusation et saisit par le dépôt de cet acte la juridiction de jugement (art. 207). L'accusé peut faire opposition contre cet acte devant la cour de deuxième instance qui peut infirmer celui-ci en tout ou en partie.

Si les crimes peuvent être tous sans exception poursuivis par le Ministère public, l'initiative de celui-ci se voit restreinte, en matière de délits, par la nécessité d'obtenir, dans certains cas, une plainte de la partie lésée. La plainte peut être formulée oralement ou par écrit par le plaignant qui, s'il le juge utile, a la faculté de charger le Ministère public de sa défense. L'article 46 donne à la partie lésée des droits très étendus.

Le particulier lésé peut agir comme accusateur privé (*Privatanklager*), comme accusateur privé subsidiaire (*subsidiaranklager*) ou simplement comme partie civile joignant son action civile à la poursuite du Ministère public.

L'accusation privée consiste dans le droit reconnu aux particuliers de porter directement l'action publique devant le tribunal de répression. Ce droit appartient à la partie

lésée seulement quand il s'agit des délits qui ne peuvent être poursuivis que sur sa plainte ; et, dans ce cas, le particulier qui a subi le préjudice, a la faculté de se porter accusateur devant le tribunal criminel sans qu'il soit nécessaire de constater un refus préalable de poursuivre du Ministère public. Il a le droit « de procéder auprès du tribunal, pour les besoins de son accusation, de la même façon que le Ministère public » (art. 46-2°). Il peut renoncer à l'accusation et demander au Ministère public de le représenter (art. 46-2° et 50).

La partie lésée a aussi le droit d'exercer l'action privée subsidiaire. Si le Ministère public refuse de poursuivre ou abandonne l'accusation commencée « la partie civile a le droit de soutenir et de mener à fin l'accusation publique au lieu et place du Ministère public » (art. 48). Cependant elle n'a pas les mêmes droits que celui-ci. Une instruction préliminaire est nécessaire, et cette instruction doit être autorisée par décision de la Chambre du conseil qui prononce sans appel. L'acte d'accusation ne suffirait pas pour saisir le tribunal. A un autre point de vue, et pour éviter des transactions frauduleuses entre la partie lésée et l'auteur du délit, on a donné au Ministère public la surveillance de l'action privée subsidiaire, et on l'a autorisé à reprendre la poursuite abandonnée, en quelque état qu'elle se trouve (art. 49).

Aux termes de l'article 47 « toute personne lésée par un crime ou par un délit qui doit être poursuivi d'office, peut, jusqu'au commencement des débats, joindre son action civile à la procédure, et devenir ainsi partie civile. » Elle doit déclarer au juge son intention de se joindre à la poursuite. Elle peut prendre connaissance des pièces, prendre la parole aux débats et y soutenir ses conclusions (art. 47).

— Il existe donc des différences profondes entre le système autrichien et le système français au point de vue des droits des particuliers. En France, la partie lésée a, pour tous les délits, le droit de citation directe. En Autriche, elle a seulement le droit d'accusation quand il s'agit de délits dont la poursuite ne peut être exercée que sur sa plainte; elle exerce alors l'action publique de la même façon que le Ministère public et à sa place. Pour les autres délits, elle ne peut que se constituer partie civile. Comme le Ministère public a la faculté d'abandonner la poursuite, elle a le droit d'accusation subsidiaire. Ce droit trouve ainsi sa raison d'être dans l'absence du droit de citation directe et dans le principe que le Ministère public est maître de l'action publique ⁽¹⁾.

— L'initiative du Ministère public est encore limitée par l'immunité parlementaire dont jouissent les membres des assemblées. Ceux-ci ne peuvent être poursuivis sans l'autorisation préalable de la Chambre à laquelle ils appartiennent.

ITALIE.

Le Code de procédure pénal italien présente de nombreux points communs avec notre Code d'instruction criminelle.

L'action pénale est essentiellement publique : elle est exercée par les officiers du Ministère public près les Cours d'appel, les tribunaux et certaines administrations publiques. Quand la poursuite est intentée par une administration, le Ministère public se joint au procès et a seul le droit de requérir l'application de la peine. Telles sont, limitativement

(1) *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1892.

déterminées, les personnes qui ont l'exercice de l'action publique.

La partie lésée a également le droit de citation directe, en matière correctionnelle. Elle doit obtenir du Président une autorisation de poursuivre délivrée sur requête motivée (art. 372).

Elle peut aussi se porter partie civile sans avoir porté de plainte préalable. Elle se borne à provoquer la mise en mouvement de l'action publique, et le Ministère public peut ne tenir aucun compte de ses conclusions (art. 109) si elle s'est constituée au début de l'information.

Le Ministère public a toute initiative pour rechercher les crimes et les délits. Le procureur général a la direction et l'exercice de l'action publique. Ses droits sont plus étendus que ceux d'un procureur général près la Cour d'appel, en France. Il peut, en Italie, se substituer au procureur du roi et exercer lui-même l'action publique que son subordonné n'a pas mise en mouvement. « Les actes qui sont de la compétence du procureur du roi peuvent être exercés par le procureur général de qui il dépend, quand celui-ci le juge utile » (art. 55, Proc. pén.).

Mais l'indépendance du Ministère public est subordonnée dans certains cas à une plainte déposée par la partie lésée, comme dans la plupart des autres législations. On a pensé que le délit ayant surtout porté atteinte à des intérêts privés, il était préférable de laisser dans ce cas aux particuliers le soin de suivre. Ces cas sont les mêmes que ceux qu'indique notre Code pénal. Nous trouvons l'adultère (art. 353-354, art. 356-357), le rapt (art. 340 et suiv., etc.).

Quant aux infractions que l'on ne peut poursuivre que sur la plainte de la partie, le pardon émané de cette partie

éteint l'action pénale, mais ne fait pas cesser l'exécution de la condamnation (art. 88, C. pén.).

Dans les délits de suppression d'état, l'action pénale ne peut être exercée qu'après la sentence définitive du juge civil sur la question d'état (art. 32). — C'est notre question préjudicielle.

La garantie parlementaire existe au profit des membres des Assemblées législatives : hors le cas de flagrant délit, aucun sénateur ne peut être arrêté, sinon, en vertu d'un ordre du Sénat. Le Sénat est seul compétent pour juger les délits imputés à ses membres. Aucun député ne peut être arrêté, sauf le cas de flagrant délit, dans le temps de la session, ni traduit en justice en matière criminelle sans l'autorisation préalable de la Chambre (art. 37 et 45, statut constitutionnel du royaume de Sardaigne).

PAYS-BAS ⁽¹⁾.

Le Code pénal français de 1810 a été introduit en Hollande, en même temps que les autres Codes français, par décret impérial de 1811.

Il est resté en vigueur jusqu'à la promulgation du Code hollandais du 3 mars 1881, qui introduit des réformes très importantes.

D'après l'article 2 du Code de procédure pénale : « L'action pour l'application de la peine n'appartient qu'aux fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi. » Ces fonctionnaires sont les membres du Ministère public qui seront

(1) Code pénal hollandais et *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1881.

tendus, quand ils auront reçu l'avis par des plaintes, dénonciations ou toute autre manière, qu'un fait punissable a été commis dans leur ressort ou que la personne qui est soupçonnée coupable s'y trouve, de rechercher et de recueillir provisoirement, d'après les circonstances, tous les renseignements qui peuvent servir à éclairer l'affaire (art. 34). Ils doivent, aussitôt que ces faits sont portés à leur connaissance, en donner avis au procureur général près la Cour d'appel. Ce magistrat a sur eux le droit de surveillance, au point de vue de l'exercice de l'action publique, qu'il partage avec le tribunal » (art. 28). Si le tribunal, soit sur la plainte de la partie intéressée, soit d'une autre manière légale, trouve qu'un fait punissable dont il doit connaître reste sans poursuite, il pourra charger l'officier de justice de lui faire un rapport à ce sujet et ordonner de poursuivre à raison des faits dénoncés, s'il y a lieu (art. 33). C'est là une atteinte à l'indépendance du Ministère public. Il en existe encore une autre : le Ministère public ne peut, dans certains cas, poursuivre qu'après avoir été saisi d'une plainte émanant de la partie lésée (art. 241). Nous citons cet article assez original : « Est puni d'un emprisonnement de six ans au plus : 1° la personne mariée qui commet un adultère ; 2° le célibataire (?) qui est complice de l'acte, sachant que l'autre personne est mariée. — Aucune poursuite n'a lieu que sur la plainte de l'époux outragé, suivie dans le délai de trois mois par une action en divorce ou en séparation de corps fondée sur le même fait. La plainte peut être retirée tant que l'examen à l'audience du tribunal n'est pas commencé. Cette plainte ne sera pas poursuivie tant que le mariage n'a été dissous par le divorce ou que le jugement prononçant la séparation de corps n'est devenu irrévocable. » On voit, par la lecture de cet article, que la législation néerlandaise diffère de la nôtre

en ce qu'elle subordonne encore à la demande de divorce la répression du délit d'adultère.

Nous trouvons aussi d'autres délits pour lesquels le Ministère public doit être, avant toute poursuite, saisi d'une plainte, tels sont : l'outrage punissable (art. 267, C. N.); la violation de secrets (art. 272); le chantage (art. 318); l'enlèvement (art. 281).

A part ces exceptions, le Ministère public est absolument indépendant : l'action publique est séparée de l'action civile. « La réparation du dommage causé par un délit quelconque ne peut être demandée que par une action civile et séparée, sauf les cas prévus par la loi » (art. 3), et « la renonciation à l'action civile ne peut arrêter ni suspendre l'exercice de l'action publique. »

Les questions de droit civil, préjudicielles à la qualification du fait imputé au prévenu, suspendent l'examen de l'action publique. Le Ministère public ne saisit pas directement le tribunal, celui-ci statue en Chambre du Conseil après avoir été saisi par lui. Cette procédure n'est pas la seule : il résulte, en effet, de l'article 141 (procédure pénale), que la cause peut être introduite à l'audience : 1° par une citation signifiée au prévenu à la requête de l'officier de justice, soit directement, soit à la suite de renvoi (art. 141-1°). Cependant, « en cas de citation directe à la requête de l'officier de justice, le prévenu peut demander que l'affaire soit examinée par le tribunal en Chambre du Conseil, et, à cette fin, faire opposition à la citation. Cette opposition annule de plein droit la citation » (art. 145).

Les articles 64 à 67, C. N., donnent à la partie lésée qui a porté plainte le droit de se désister dans le délai de huit jours, après le jour où elle a été portée (art. 67, C. N.). Le cas d'adultère est cependant excepté. Le Ministère public

a-t-il également pareil droit, s'il a mis en mouvement l'action publique? C'est une question à laquelle nous ne pouvons répondre. Aucun article du Code de procédure pénale n'indique la solution. Cependant, peut-on inférer de l'article 237, même Code (qui reconnaît à l'officier de justice de se désister de l'appel qu'il a interjeté), que pareil droit lui est reconnu?

La composition et les attributions du Ministère public sont déterminées par les articles 3 et 4 de la loi du 18 avril 1827. « Le Ministère public est exercé par le procureur général près la Haute-Cour, par les procureurs généraux près les Cours d'appel, par les officiers de justice près les tribunaux d'arrondissement et par les fonctionnaires du Ministère public près les justices de canton. Dans chaque arrondissement, l'exercice du Ministère public près les justices de canton est confié à un ou plusieurs fonctionnaires. Il est spécialement chargé de veiller au maintien des lois, de poursuivre tous les faits punissables et de faire exécuter les jugements de condamnation. Il sera entendu dans tous les cas déterminés par la loi.

Cette organisation et ces prérogatives sont, nous le voyons, presque identiques à celles du Ministère public en France. Cette ressemblance s'explique d'ailleurs. On se rappelle que la Hollande a conservé pendant longtemps le Code pénal français et n'y a apporté que certaines modifications qui n'en altèrent pas la substance. Nous allons voir qu'il en est de même en Belgique (C. pén. néerl., trad. Tripels).

BELGIQUE.

Le Ministère public existe dans ce pays : il est représenté par le procureur général qui est investi, dans le ressort de

chaque Cour d'appel, de l'exercice et de la direction de l'action publique. Tous les officiers du Ministère public sont sous ses ordres et soumis à sa surveillance. Près des tribunaux d'arrondissement sont placés les procureurs du roi et leurs substituts; près les tribunaux de police, les commissaires de police. C'est, en un mot, le système français qui a été conservé par les articles 150 et suivants de la loi du 18 juin 1869, sur l'organisation judiciaire. Comme chez nous, le procureur général près la Cour de cassation, qui est lui-même soumis à la direction du ministère de la Justice, exerce sa surveillance sur les procureurs généraux près les cours d'appel (C. pén. belge, *Pandectes belges*).

Notre article 1^{er} du Code d'instruction criminelle n'a pas été reproduit par la législation belge, qui formule le principe suivant : « L'action pour l'application des peines ne peut être exercée que par les fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi. » Cet article, il faut le reconnaître, est rédigé d'une façon plus exacte que le nôtre.

Le procureur du roi a pour mission de rechercher les infractions qui ont été commises et par qui elles ont été commises. Ce droit de recherche s'exerce par le droit de recevoir les dénonciations, les plaintes, les procès-verbaux et tous les actes qui ont pour objet de révéler l'existence de crimes ou délits. Le procureur du roi apprécie les faits qui sont parvenus à sa connaissance, et s'il estime qu'il y a lieu de poursuivre, il requiert le juge d'instruction d'informer, ou il traduit directement le prévenu devant le tribunal correctionnel. Il est donc revêtu d'une double fonction. Officier de police judiciaire, il a le droit de recherche; officier du Ministère public, il a le droit de poursuite.

En général, le Ministère public agit d'office, sans se préoccuper de l'attitude que prend la partie lésée. L'action

publique est donc indépendante de l'action civile, et, toutes les fois que la loi n'exige pas formellement une plainte, le juge ne peut repousser les poursuites du Ministère public par le motif que la partie lésée a été désintéressée ou renonce à tous droits à l'égard du prévenu. Cette règle, que le Ministère public peut poursuivre d'office toute infraction à la loi pénale, n'est cependant pas absolue.

Le législateur a pensé que pour certaines infractions, par exemple l'adultère, la poursuite troublerait profondément l'ordre intérieur de la famille et que pour d'autres, comme les atteintes à l'honneur des particuliers, ou à certains droits privés, tels que le délit de chasse, la partie lésée doit être laissée juge de l'opportunité des poursuites. — Il y a trois catégories d'infractions que le Ministère public ne peut poursuivre d'office. La première comprend les faits délictueux pour lesquels une plainte de l'administration publique est nécessaire (l'infraction à la loi sur le régime postal. Délit des fournisseurs de l'armée). La deuxième catégorie comprend les infractions dont la poursuite est subordonnée à la plainte des particuliers lésés (adultère, injures, délits de chasse, etc.). — La troisième catégorie comprend les infractions dont la poursuite doit être provoquée, soit par une plainte de la personne lésée, soit par une dénonciation émanant du corps ou du gouvernement atteint par le délit. Tels sont les outrages adressés à un membre des Chambres.

Parfois aussi, l'action du Ministère public est subordonnée à une autorisation préalable. D'après l'article 45 de la Constitution, les poursuites ne peuvent être exercées contre les membres des Chambres qu'avec l'autorisation de la Chambre dont fait partie le délinquant. Exception cependant en cas de flagrant délit. La loi ne distingue pas si le prévenu peut être condamné à l'emprisonnement ou à l'a-

mende. L'action du Ministère public peut encore être suspendue par l'existence d'une question préjudicielle, non seulement au jugement, mais encore à la mise en mouvement de l'action publique. Les dispositions de notre Code civil (art. 326, 327) et les solutions que nous avons données sont les mêmes en Belgique.

La partie lésée adresse sa plainte au procureur du roi, qui apprécie avec une entière liberté d'action. S'il estime que la réclamation est dénuée de fondement, il est libre de ne pas poursuivre, sauf la faculté de la partie lésée de mettre elle-même l'action publique en mouvement, soit par voie de citation directe, soit en se constituant partie civile devant le juge d'instruction. Le Ministère public ne peut se désister de l'action publique, dès que le tribunal est saisi. La partie lésée n'a pas non plus ce droit. Toutefois, en matière d'adultère, l'époux lésé peut retirer sa plainte et son désistement arrête la poursuite à quelque moment qu'elle intervienne.

Si aucun acte de poursuite n'a été fait, le Code attache au retrait de la plainte un effet suspensif qui remet les choses dans l'état où elles étaient avant que cette plainte eût été déposée. Ajoutons que, en cas de délit, la réparation volontaire du préjudice, même lorsqu'elle a eu lieu avant toute poursuite, la transaction consentie par la partie civile n'ont aucun effet sur l'exercice de l'action publique. Exception cependant en matière de taxes communales, de contributions indirectes, de postes, etc.

Si la partie lésée ne peut obtenir satisfaction du procureur du roi, elle a la faculté de s'adresser au procureur général et au ministre de la justice. La réclamation est-elle écartée, elle a alors le droit, comme nous l'avons dit, de se porter partie civile. Le tribunal est ainsi saisi de l'action pu-

blique en même temps que de l'action civile et peut, quelles que soient les conclusions du Ministère public, prononcer une peine. Il résulte donc de cet exposé que le Code de procédure pénale belge a une foule de points communs avec le nôtre.

SUISSE.

Le Ministère public n'est pas organisé dans toute la Suisse; il n'existe pas à Schwitz et dans les deux Appenzell. Dans les cantons où nous le trouvons, le personnel est restreint : dans la plupart de ces cantons, il y a seulement un procureur assisté d'un ou plusieurs substituts, allant fonctionner devant les différents tribunaux du canton. Dans les cantons les plus peuplés, l'organisation est plus complète. A Zurich, le procureur général et son substitut exercent leurs fonctions devant la Cour d'assises; le Ministère public est représenté par le *statthalter* devant les tribunaux de district. A Berne, il y a, outre le procureur général, cinq procureurs d'arrondissement.

Les procureurs généraux représentent le Ministère public devant les tribunaux supérieurs et préavisent devant les Chambres de mise en accusation. Les officiers du Ministère public ne sont pas partout nommés par le pouvoir exécutif : dans quelques cantons, le droit de nomination est réservé au pouvoir législatif; dans d'autres, au tribunal suprême.

Examinons la marche de la procédure pénale dans quelques cantons suisses.

GENÈVE.

Le procureur général et ses substituts sont chargés de la recherche et de la poursuite de tous les délits dont la con-

naissance appartient à la cour de justice criminelle et correctionnelle (art. 22, Instr. cr.).

L'action publique n'appartient qu'à ces fonctionnaires. L'action en réparation du dommage causé par un crime, par un délit ou une contravention peut être exercée par la partie lésée.

Cette action civile peut être poursuivie en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique. Elle peut l'être aussi séparément; dans ce cas, l'exercice en est suspendu tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique intentée. La renonciation à l'action civile ne peut arrêter ni suspendre l'exercice de l'action publique (art. 2, 3, 4, Instr. cr.).

Le procureur général à qui appartient l'action publique est saisi par des plaintes. S'il se refuse à poursuivre, le plaignant peut recourir contre cette décision devant la chambre d'instruction.

La mise en mouvement de l'action publique est, ici encore, subordonnée à une plainte dans certains cas : en matière d'adultère (art. 336) (le mari peut se désister, en tout état de cause, art. 338), en cas de rapt (art. 357), etc.

VAUD.

Le Ministère public est représenté par un procureur général et ses substituts, placés sous la surveillance du Conseil d'État (art. 168, G. proc. pén.), par les juges de paix, les préfets (art. 167). Dans ce canton, le juge de paix est chargé de la recherche et de la poursuite des délits. C'est lui qui reçoit les plaintes, les dénonciations, procède à l'enquête et décerne tous mandats utiles. Dès qu'il commence une enquête,

il en donne avis au procureur général et au substitut de l'arrondissement. Il peut procéder à une enquête spontanément, ou sur réquisition du Ministère public, ou sur dénonciation et plainte (art. 193). La dénonciation doit être signée : dans le cas où elle ne l'est pas, le juge de paix peut n'en pas tenir compte (art. 205). Toute personne qui se prétend lésée peut adresser au juge de paix une plainte qu'elle a la faculté de retirer jusqu'à la clôture de l'enquête (art. 206, 207).

Si le juge de paix se refuse à donner suite à une plainte ou à une dénonciation, il doit en informer le plaignant ou le dénonciateur en motivant son refus (art. 208). Ce plaignant peut recourir au tribunal d'accusation (art. 209).

Si le magistrat décide qu'il y a lieu de suivre, et que le cas relève du tribunal de police, il rend une ordonnance de renvoi : Si le fait relève des tribunaux correctionnels ou criminels, il ordonne l'envoi de l'enquête au procureur général (art. 255-256). — Le prévenu, le plaignant, la partie civile, le Ministère public, peuvent recourir au tribunal d'accusations contre les opérations du juge informateur.

Celui qui a un intérêt civil au procès peut y intervenir en tout état de cause, jusqu'à la clôture des débats, en se constituant partie civile. Il suffit d'une déclaration faite dans la plainte, ou d'un acte spécial remis au juge, ou d'une déclaration verbale à l'audience.

En cas de conflit entre l'action civile et l'action pénale, ou plutôt, lorsque dans le cours du procès, il s'élève une question pénale ou civile de nature à exercer de l'influence sur le jugement, et dont la solution préalable peut changer la nature du fait ou le degré de culpabilité du prévenu, le tribunal d'accusation décide s'il y a lieu de renvoyer l'affaire devant les tribunaux civils. La poursuite pénale est alors suspendue.

BERNE.

L'action publique appartient aux fonctionnaires à qui elle est attribuée. Elle s'exerce d'office, sauf dans le cas où elle est subordonnée à une plainte de la partie lésée. Celle-ci peut se porter partie civile, et sa renonciation n'entraîne pas la suspension ou l'abandon de l'action publique.

NEUFCHÂTEL.

L'action publique n'appartient qu'aux fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi (art. 2), mais l'initiative des poursuites n'appartient pas seulement au Ministère public. — Le juge d'instruction a des pouvoirs assez étendus. Il est chargé directement de la recherche et de la poursuite des délits; il reçoit les plaintes, les dénonciations, procède aux enquêtes : il a même le droit de procéder spontanément à une enquête, ou à la requête du Ministère public, ou sur plainte (art. 136). — Dans le cas où la poursuite ne peut être commencée qu'en suite d'une plainte, cette plainte peut être retirée, suivant les cas, jusqu'à la clôture de l'enquête ou à l'ouverture des débats.

La garantie parlementaire est admise.

ESPAGNE.

Le Ministère public existe en Espagne, sous le nom de Ministère fiscal. Son origine remonte aux « fiscales » du droit romain, sous le Bas-Empire. Le Code de procédure

espagnole, de 1855, donne aux procureurs le titre de procureurs fiscaux. Il y a un fiscal près de chaque tribunal d'arrondissement judiciaire de chacune des 14 cours d'appel. — A côté des procureurs fiscaux, il y a les avocats fiscaux qui correspondent à nos substituts français.

En matière criminelle, le procureur fiscal a pour mission de rechercher, dénoncer et poursuivre les crimes et délits. Il requiert l'application de la peine.

Mais d'après l'article 101 du Code de procédure criminelle, « l'action pénale est publique. — Tout citoyen peut l'exercer en se conformant à la loi. » Toute personne (la partie lésée, un citoyen même non lésé, le juge) possède, à défaut de poursuite par le fiscal, le droit de mettre en mouvement l'action publique.

GRÈCE.

Le Ministère public a, dans ce pays, des fonctions analogues à celles de notre Ministère public français. — L'action publique est exercée par les fonctionnaires publics à qui la loi l'a confiée. Le Ministère public a le droit de rechercher les infractions; il est saisi, en outre, des plaintes et dénonciations; il peut, quand il le juge utile, exercer des poursuites. — Dans certains cas, cependant, lorsque l'infraction porte surtout atteinte aux intérêts privés de la personne, il faut encore que celle-ci accuse et poursuive l'auteur de cette infraction. L'accusation une fois portée et le Ministère public s'étant chargé de la poursuite, le désistement du plaignant ne peut arrêter l'action (art. 23, Proc. pén.).

Les membres des Chambres jouissent, comme en France, et dans les mêmes conditions, de l'immunité parlementaire.

MONACO.

Les fonctionnaires à qui est confiée l'action en ont seuls l'exercice. La partie lésée peut se constituer partie civile, mais il faut qu'elle dépose au greffe le montant des frais présumés ou justifié de son indigence (C. instr. cr., Monaco).

DANEMARK.

L'institution du Ministère public est inconnue dans ce pays ⁽¹⁾. Dans les procès civils, tout est confié aux parties elles-mêmes. En matière criminelle et correctionnelle, c'est sur les réquisitions du directeur de la police que procède l'autorité judiciaire, les chefs d'arrondissement décident si l'infraction doit être poursuivie après que l'instruction a été faite par le juge. L'accusation est alors soutenue par un avocat, spécialement désigné et rétribué pour chaque affaire.

SUÈDE.

L'institution du Ministère public, dans le sens qu'y donne le droit français, n'existe pas en Suède. Il y a, il est vrai, des accusateurs publics, des baillis de la Couronne, des sergents de bailliage et des fiscaux dans les villes, chargés de poursuivre, au nom de la société, certains crimes, délits et contraventions, portés à leur connaissance. Mais ces fonctionnaires n'ont, en matière civile, d'autre attribution

(1) *Revue de droit international.*

que celle de soutenir les droits de la Couronne comme partie civile.

Russie.

Les infractions à la loi pénale sont poursuivies d'office ou sur la plainte de la personne lésée. Dans les affaires criminelles, de la compétence des tribunaux ordinaires, la poursuite est exercée par le chef du Ministère public ou ses auxiliaires. Comme dans la plupart des législations et pour les mêmes motifs, le Ministère public ne peut, dans certains cas, exercer son droit de poursuite qu'après avoir été saisi par une plainte de la partie lésée. Tels sont les cas d'adultère (1549, 1600), de rapt, etc.

En Russie, il y a près de chaque tribunal ou Cour un procureur impérial avec un ou plusieurs substituts.

L'institution du Ministère public existe donc aujourd'hui, on le voit, dans presque tous les pays européens, sauf en Angleterre, en Suède. Dans certains pays, comme l'Autriche, l'Allemagne, l'Italie, le Ministère public a les attributions les plus importantes. Nous devons nous féliciter du progrès réalisé depuis le commencement de ce siècle; il est aujourd'hui peu de pays qui n'aient un Code pénal et un Code de procédure. La France a été la première qui ait eu un Code d'instruction criminelle : les autres nations s'en sont beaucoup inspirées, mais, instruites par l'expérience, elles y ont apporté de nombreuses modifications, souvent très heureuses. Nous avons, en ce moment, à l'étude, un projet de Code d'instruction criminelle; il est à espérer que quelques réformes seront introduites et feront de notre Ministère public une institution plus que jamais à l'abri de toute critique.

POSITIONS.

DROIT ROMAIN.

1° Le mariage entre citoyens romains ne se formait pas *solo consensu*; la *deductio mulieris in domum mariti* était exigée.

2° L'obligation du fidéjusseur est nulle si elle excède celle du débiteur principal.

3° La *datio in solutum* a été considérée comme un paiement par les Sabinien et comme une vente par les Proculien.

4° A l'origine de Rome, le principe de la restitution de la dot n'existait pas.

DROIT CIVIL.

1° L'engagement dans les ordres sacrés ne constitue pas un empêchement au mariage.

2° L'enfant renonçant ne doit pas être compté pour le calcul de la réserve.

3° La femme qui n'a rien apporté en dot, peut demander la séparation de biens.

4° La constitution de dot doit être considérée comme un contrat à titre onéreux par rapport à la femme.

DROIT CONSTITUTIONNEL.

1° Le droit de révision est limité par la formule du projet voté par les Chambres.

2° Dans un État démocratique, il est nécessaire d'avoir deux Chambres.

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.

Le tribunal français a le droit d'examiner le jugement étranger au fond, mais uniquement pour refuser l'exequatur si la décision lui paraît mal rendue : il ne peut, dans ce dernier cas, substituer une autre décision à celle du tribunal étranger.

DROIT ADMINISTRATIF.

Les cours d'eau non navigables ni flottables appartiennent aux riverains.

Vu par le Président de la Thèse,

E. GARDEIL.

Vu et approuvé :

Nancy, le 18 juin 1894.

Le Doyen,

E. LEDERLIN.

Vu et permis d'imprimer :

Nancy, le 18 juin 1894.

Le Recteur,

A. GASQUET.

TABLE DES MATIÈRES.

DROIT ROMAIN.

DU DIVORCE A ROME.

INTRODUCTION.

	Pages.
Mariage <i>cum manu</i>	5
Mariage <i>sine manu</i>	5
Affaiblissement et disparition de la <i>manus</i>	9
Nature du mariage.....	10

CHAPITRE I.

NATURE DU DIVORCE.....	12
------------------------	----

CHAPITRE II.

HISTORIQUE DU DIVORCE.

SECTION I. Première période : de Romulus à Auguste.....	16
Loi des XII Tables	18
SECTION II. Période d'Auguste à Constantin	30
SECTION III. Troisième période : de Constantin à Justinien.....	34
SECTION IV. Quatrième période : Justinien	37

CHAPITRE III.

PROCÉDURE DU DIVORCE.

	Pages.
SECTION I. Qui peut demander le divorce.....	41
A. Droits du mari.....	41
B. Droits de la femme.....	43
C. Droits du <i>paterfamilias</i>	44
D. Droits de la <i>materfamilias</i>	48
SECTION II. Conditions de la demande du divorce.....	48
1 ^o Conditions de fond.....	48
2 ^o Conditions de forme.....	49
<i>Appendice</i> . Des moyens de preuve en matière de divorce.....	54

CHAPITRE IV.

EFFETS DU DIVORCE.

I. Effets quant aux personnes.....	56
II. Effets quant aux enfants.....	63
III. Effets quant aux biens.....	68



DROIT FRANÇAIS.

ÉTUDE SUR LE MINISTÈRE PUBLIC EN FRANCE.

CHAPITRE I.

	Pages.
ORIGINES HISTORIQUES.....	91
SECTION I. Période de la Royauté.....	103
SECTION II. Période révolutionnaire	123
SECTION III. Organisation actuelle du Ministère public.....	128

CHAPITRE II.

DES FONCTIONNAIRES AUXQUELS APPARTIENT L'EXERCICE
DE L'ACTION PUBLIQUE.

SECTION I. Des fonctionnaires.....	130
Des auxiliaires du procureur de la République.....	135
Attributions du procureur de la République en matière de police judiciaire.....	136
<i>Appendice.</i> 1° Des rapports du juge d'instruction et du Ministère public.....	138
2° Conflits entre le juge d'instruction et le Ministère public.....	142
SECTION II. Des administrations qui participent à l'exercice de l'action publique.....	143
1° Administration des contributions indirectes	144
2° Administration des douanes.....	145
3° Administration forestière	146
4° Administration des ponts et chaussées	147
5° Administration des postes.....	147

CHAPITRE III.

CARACTÈRES GÉNÉRAUX DU MINISTÈRE PUBLIC.

	Pages.
1 ^o Unité.....	148
2 ^o Indivisibilité.....	151
3 ^o Amovibilité.....	154
4 ^o Irrécusabilité.....	156
5 ^o Irresponsabilité.....	157
6 ^o Indépendance.....	159

CHAPITRE IV.

INDÉPENDANCE DU MINISTÈRE PUBLIC AU POINT DE VUE DE L'EXERCICE ET DE LA MISE EN MOUVEMENT DE L'ACTION PUBLIQUE.....	160
--	-----

CHAPITRE V.

GARANTIES QUI ASSURENT AUX PARTICULIERS L'EXERCICE DE L'ACTION PUBLIQUE.....	170
---	-----

SECTION I. Surveillance administrative.....	171
A. Droits du procureur général près la Cour d'appel.....	171
B. Droits du garde des sceaux.....	172
C. Droits du procureur général près la Cour de cassation.....	174
SECTION II. Surveillance judiciaire (droit des Cours d'appel et de la chambre d'accusation).....	174
SECTION III. Droits qu'ont les particuliers lésés de citer directement devant la juridiction compétente l'auteur du délit ou de se porter parties civiles.....	188

CHAPITRE VI.

	Pages.
DES CAS OÙ LE MINISTÈRE PUBLIC NE PEUT, QUE SOUS CERTAINES CONDITIONS, METTRE EN MOUVEMENT L'ACTION PUBLIQUE.....	195
SECTION I. Nécessité d'une autorisation préalable.....	196
A. Membres des Chambres.....	196
B. Membres du clergé (garantie religieuse).....	200
SECTION II. Nécessité d'une plainte ou d'une dénonciation préalable..	205
Fondement rationnel de cette condition	206
La plainte est-elle soumise à des formes particulières?.....	209
1 ^{re} Catégorie. Au point de vue de l'intérêt des familles.....	210
1° Adultère. Différences entre l'adultère du mari et de la femme.	
A. Adultère de la femme.....	210
B. Adultère du mari.....	222
a) La concubine n'est pas mariée.....	224
b) La concubine est mariée.....	226
2° Rapt	227
2 ^e Catégorie. Au point de vue de l'intérêt privé	231
1° Diffamation. Injures.....	231
2° Contrefaçon.....	234
3° Chasse.....	236
4° Pêche fluviale.....	240
3 ^e Catégorie. Exception introduite dans l'intérêt de l'État.....	242
1° Délit des fournisseurs des armées de terre et de mer.....	242
2° Délits commis par un Français à l'étranger	243

CHAPITRE VII.

CAS où LA MISE EN MOUVEMENT DE L'ACTION PUBLIQUE EST SUBORDONNÉE A LA SOLUTION D'UN PROCÈS SUR UNE QUESTION SPÉCIALE.

	Pages.
SECTION I. Question préjudicielle.....	246
Question d'état	247
SECTION II. Banqueroute	

CHAPITRE VIII.

LE MINISTÈRE PUBLIC DISPOSE-T-IL DE L'ACTION PUBLIQUE ET PEUT-IL ARRÊTER LA POURSUITE COMMENCÉE..... 254

CHAPITRE IX.

LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES.

1° Grande-Bretagne. Écosse et Irlande	258
2° Allemagne	265
3° Autriche.....	271
4° Italie.....	275
5° Pays-Bas.....	277
6° Belgique.....	280
7° Suisse (Genève, Vaud, Berne, Neuchâtel).....	284
8° Espagne.....	287
9° Grèce	288
10° Principauté de Monaco	289
11° Danemark	289
12° Suède.....	289
13° Russie	290

IMPRIMERIE
CONTANT-LAGUERRE



BAR-LE-DUC